جريمة اغتصاب الإناث

فى

الفقه الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى

دكتور محمد الشحات الجندى

وكيل كلية الحقوق ـ جامعة طنطا

قسم الشريعة الاسلامية

١٩٩٠م - ١٤١٠هـ

الناشر

دار النهضة العربية

للطبع والنشر

شارع عبد الخالق ثروت ـ القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول تعـــالى :

« ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصناً »

(النـــور : ٣٣)

تصـــــدير :

ابتليت بعض المجتمعات الاسلامية ، بجرائم الحضارة الحديثة ، التى تفتك بالأعراض ، وتقوض بنيان الأفراد والجماعات ، وأصبحت هذه الجرائم الغريبة عن المناخ الاسلامى ، وروح الأديان ، ظاهرة منتشرة ، تصم الآذان ، وتقلق أرباب الفكر ، ودعاة الحريات ، الذين يقتفون أثر هذه الحضارة ، ويدافعون عن سلوك طريقها ، واتبـــاع منهجها •

ولما كان هذا الخطر الوافد الجديد ، من افرازات الحضـــارة المعاصرة ، ومن مبتدعاتها عن الحرية المطلقة تجاه المقدسات والحرمات، فقد غزت جريمة اغتصاب الاناث بعض المجتمعات الاسلامية ، ومن بينها مصر كنانة الله فى أرضه — وصار تنامى معدلات ارتكابها شبحا مخيفا ، وداءا عضالا يبحث عن كيفية علاجه ، والقضاء عليه ، أو الحد منه ، وانبرى كل فريق يقدم الحلول ، ويرسم الطرق ، للتغلب على هذا المرض الذى نشب فى جسد المجتمع الآمن ، وأجمعت الآراء على خطورة هذا المسلك الجديد ، وضرورة دراسته وبحث أسبابه ، وكيفية وقاية المجتمع منه ، ومعاقبة السالكين له ، وما ذلك إلا لتأثيره الضار ، وعدواه المدمرة • وقد بان للجميع بما لا يدع مجالا للشك ، أن لكل داء سببا ، وأن ثمة مشكلات ينبغى علاجها ، وتطهير المجتمع منها ، وطرح الباحثون عن الحقيقة ، قضية مسلمة بها فى هذا الشأن ، هى ضعف العقوبة المقررة لجريمة الاغتصاب ، وفشلها فى ردع المجرمين،

لاعادة الأمان للجماعة ، والحفاظ على القيم السائدة فيه ، والتى ظلت راسخة عبر السنوات الطوال منذ الفتح الاسلامى •

وإن التصدى لدراسة هذه الجريمة ، يتطلب بحث جذور المشكلة ، والاسباب المنشئة لها ، وهو ما يحتاج إلى جهد نفر من المفكرين ، إلا أننا وقد أفردنا هذا البحث بالدراسة ، نكتفى بالتعرض له فى نطاق التشريع الاسلامى الذى له فضل — لا يدفع على مكافحة جرائم العرض الذى تنتمى إليه جريمة اغتصاب الاناث ، وسنرى كيف عالج التشريع هذه الجريمة ، مقارنا بمسلك القانون المصرى ، والجدوى التى يمكن أن تعود على المجتمع من جراء ذلك • وسنتعرف على ذلك من خلال عرض نصوص الفقهاء الاسلاميين ، لابراز هذا الجانب الهام ، من جوانب الحفاظ على كيان الجماعة الأنسانية ، والأبقاء على بنيانها متماسكا قويا ، بعد أن أفلست الأنظمة المعاصرة ، فى وقاية المجتمعات من وباء هذه الجريمة ، وما يتصل بها من جرائم ماسة بالأعراض •

المؤلــف

تمهيــد وتقســيم :

لا شك أن حماية الأعراض ، وصيانة الحرمات الجنسية مقصــد إنسانى هام ، يذود عنه المرء بكل ما يملك من الوسائل والأسباب ، بل ويضحى فى سبيله بالمهج والأرواح ، ولا غرو فان الحفاظ على هذا الجانب هو تأصيل لقيم العفة والطهــارة والكرامة والشرف ، وهى المعانى اللصيقة بانسانية الانســان • ألا ترى أن شــيوع الفوضى الجنسية مرتع خصب للأمراض العضوية والنفسية ، وسبيل للتحلل الدينى والاجتماعى والأخلاقى ، وضياع للشخصية الانسانية ، وانهيار لقيم المجتمع ، ومقوماته الرفيعة ، بل وتفتيت لقوة المجتمع ، وبنيانه المتماسك لما يترتب على ذلك من انحلال الأسر وضياع الأطفال وفتح الطريق أمام الانحراف وارتكاب الجرائم ، وما ينتج عنه من تقويض أساس المجتمع ، وذهاب ريحه •

وإن نظرة التشريعات إلى خطورة هذا الجانب من جوانب الحياة الانسانية ، أمر مقرر ، يتجلى فى عنايتها به ، وتنظيمها له ، فالحياة الجنسية موضوع لتنظيم اجتماعى وتشريعى ، يتمثل فى قيود مفروضة على الحرية الجنسية للأفراد ، وخرق هذه القيود ، تقوم به — فى حالاته الخطيرة التى يعينها القانون — جرائم الاعتداء على العرض (١)•

---

(١) د• محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات — القســم الخاص ، ص ٣٢٨ •

وهذه التشريعات وإن اختلفت نظرتها ، وطرق معالجتها ، لهـذا النوع من الجـرائم ، وهى الجرائم المتعلقـة بالعرض ، والحـرية الجنسية ، فانها تتفق فى الأصل العام ، وهو وجوب حماية العرض وصيانة الطهارة الجنسية من منطلق اجتماعى نفعى ، لا من منطلق ذاتى إنسانى •

ولعل مناط التجريم والباعث عليه ، هو أساس التباين فى النظرة بين الشرع الاسلامى ، والتشريعات المعاصرة ، فاذا كان القـانون الوضعى يبغى من هذه الحماية اعتبارات مصلحية عامة ، فان الشريعة الاسلامية تبغى حماية الكيان الانسانى ذاته ، بالحفاظ على مقوماته المعنوية التى تميزه عن غيره من الحيـوانات والمخلوقات الأخرى ، بغرس القيم النبيلة فيه ، واعتبار الفضائل والكرامة والشرف ، مثل أعلى ومصلحة جوهرية ، يتمسك بأهدابها كل من الفرد والمجتمع على سواء ، فليس فى مكنة الفرد التفريط أو مجرد التهاون فيها ، ولا فى وسع المجتمع أن يقف مكتوف الأيدى حيالها ، تذرعا بأى دعوى من الدعاوى •

ولسنا من أنصار المصادرة على المطلوب ، بالتحامل على موقف هذه التشريعات ، بل إننا من أنصار الباحثين عن الحقيقة ، السالكين لدروب الفحص والتمحيص وصولا إلى ما يحقق السعادة للانسانية ، ويجعله متوازنا فى جوانبه النفسية والصحية والعقليـة والبدنية ، مجسدا لأصول النظام الاجتماعى ، مخضعا كل علاقة اجتماعية لصيغة قانونية ، تنتظم وفقا لها ، وتسير فى نطاقها ، وهى الانجاز الفاعل الذى يحمد لهذه التشريعات ، والذى قطعت فيه شوطا كبيرا •

فاذا كانت هـذه التشريعات — على تنوع فلسـفاتها ، وتباين أهدافها — قد ارتضيت تقنين العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة فى صورة الزواج ، لما ثبت من أنها وسيلة الاجتماع الأمثل بين الذكر والأنثى ، والمحددة لحقوق كل منهما ، تحت مظلة المودة ، والرحمـة التى تخلق أسرة قوية ، تكون النواة الصحيحة لمجتمع سليم ، فلم وقفت هذه التشريعات عند هذا الحد من التنظيم ؟ ولم لم تمد مظلة التنظيم إلى كل ممارسة جنسية خارج نطاق الشرعية المتمثل فى الزواج بتجريمها ؟ ومن ثم العقاب عليها ، بحسبانها اعتداءا على حق المجتمع فى صيانة حرماته ، والنيل من ترابط وحداته والمساس بحرية اجتماعية لا فردية فيه ، الأمر الذى يحفظ على المجتمع تماسكه ، ويقيمه على دعائم قويمة من التنظيم •

أما الشريعة الاسلامية ، فانها وعت تماما خطورة هذه الجرائم ونبهت إلى آثارها المدمرة فى بنيان الأفراد والمجتمعات ، وكان موقفها الحاسم بتجريم كل صور العلاقات الجنسية غير المشروعة — خـارج نطاق عقد الزواج — وشددت فى العقاب عليه ، تطهيرا للفرد فى ذاته وللمجتمع فى عمومه ، وارساءا للقيم والفضائل الانسانية ، التى هى جوهر إنسانية الانسان •

وإنك لتلمس هذه الحقيقة ، فيما اعتبرته الشريعة الاسلامية من المقاصد الأساسية التى جاءت لحمايتها ، فقد اعتبرت هذه المقاصـد الأساسية ، لأنه لا غنى لأى مجتمع عنها ، فهى ضرورة لاستقامة أمر

المجتمع (١) ، وتحقيق مصالحه الدينية والدنيوية ، وهذه المقاصد الضرورية خمسة ، هى حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل . وفى اعتبار حفظ النسل أو العرض من المقاصد الأساسية للمجتمع برهان قاطع على وجوب ممارسة كل علاقة جنسية بين الرجل والمرأة فى إطار شرعى ، وتجريم ما سواها من سائر العلاقات ، كما أن هذا يحتم على الفرد والجماعة الالتزام بهذه المشروعية ، وحصر الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، فى ظل العلاقة التنظيمية والشرعية المتمثلة فى الزواج .

وإن هذا المسلك من جانب الشريعة الاسلامية ، ينطوى على تحديد واضح لاطار علاقة فطرية تهم الخليقة والاجتماع الانسانى من عصوره السحيقة الموغلة فى القدم ، إلى عصوره الحديثة ، وإلى أن يرث الله الأرض وما عليها .

ومناط الأهمية فى هذا التنظيم أن ترك هذه العلاقة خاضعة للأهواء والرغبات الجامحة ، فيه تدمير للانسان ، وتحطيم لقواه المعنوية والمادية ، وتغليب لاعتبارات الهمجية والوحشية فى علاقة الانسان بالانسان ، فكم من الجرائم ارتكبت بسبب هذه الرغبة ، وكم من سفك للدماء وقع نتيجة لها ، لذلك كان حرص الشارع على تقنينها ، ورسم

---

(١) يقول الشاطبى فى بيان ذلك : فأما الضرورية فمعناها أنها لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث اذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت حياة . وفى الاخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين . والحفظ لها يكون بأمرين : أحدهما : ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود . والثانى : ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم .
الموافقات ، ج ٢ ، ص ٤ .

الضوابط المنظمة لها والنهى عن تعاطى أسبابها ، وتجنب دواعيها ، وذلك بالمنع من الاقتراب منها • ناهيك عن التورط فيها وممارستها •

وإن هذا التنظيم كفيل بانضواء الجميع تحت لوائه ، بمعاونة ومباركة المجتمع لاقامة هذا السياج الواقى من التردى فى حمأة الرزيلة والاعتداء على الأعراض ، ومن ثم ينصرف الفرد والجماعة وقد توازنت نفسه وأقام صرح أسرته ، إلى إنجاز المهام الدينية والدنيوية التى خلق من أجلها ، والتى هى المقصود الأعظم من وجوده فى هذه الحياة ، ألا وهى أداء حق الله تعالى ، وتعمير الكون •

وعلى الجانب الآخر فان تنظيم القوانين الوضعية ، لهذا الجانب ، ليس حاسما ولا شاملا ، لأنه لا يحمى الا الاعتبارات النفعية الاجتماعية ، ويقف عند هذا الحد ، لاعتبارات يقدرها ، تتعلق بالحريات الشخصية للأفراد ، والحياة الخاصة بكل انسان •

ونظرا لتعدد جوانب هذا الموضوع ، وهو جرائم الاعتداء على العرض فسنقصر دراستنا على جانب منها ، وهو المتعلق بجريمة اغتصاب الاناث وعقوبتها بشىء من التفصيل •

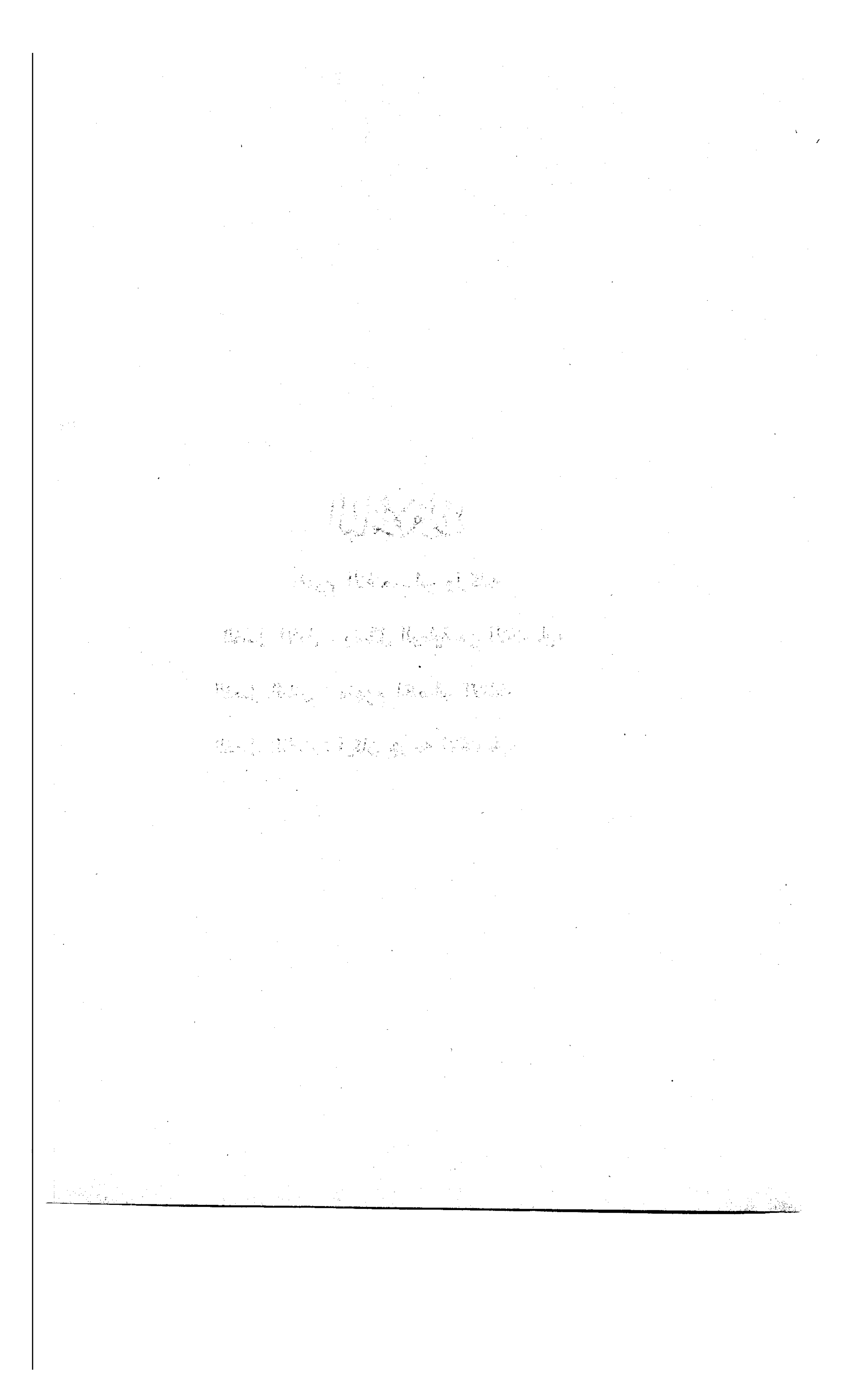
الباب الأول

مفهوم الاغتصـــاب وأركانه

الفصل الأول : وسائل الوقاية من الاغتصاب

الفصل الثانى : مفهوم اغتصاب الاناث

الفصل الثالث : أركان جريمة الاغتصاب



الفصل الأول

وسائل وقاية المجتمع من جريمة الاغتصاب

إن موقف التشريع الاسلامى ، إزاء جريمة من الجرائم ، ليس هو موقف الساكت عنها ، المنتظر لوقوعها ، ثم التصرف حيالها ، بوضع العقوبة الرادعة فقط ، وإنما موقفه من الجرائم كشأنه فى كل تشريعاته التعرف على الأسباب والمقدمات ، وتقصى الدوافع ، للتعامل معها ، بما يحول دونها ويمنع من وقوعها ، لأن الأسباب أساس المسببات ، والمقدمات وسيلة للنتائج ، لذلك فانك ترى التشريع الاسلامى ، يرسم ضوابط مانعة ، وحدودا فاصلة بين المباح والمحظور ، لغرض حرى بالرعاية ، ألا وهو الوقاية من شرور فعل من الأفعال ، وجريمة من الجرائم ، بمنع الطرق الموصلة اليها ، والحيلولة دون الاقتراب منها .

وإن جريمة اغتصاب الاناث ، تؤصل هذه الحقيقة ، وتعتمد ذلك المنهج ، فالشرع الاسلامى ، يمنع من أسبابها الدافعة ، ويعضد من الموجبات الدارئة لها ، وبذلك فانه يوجد التوازن ، الذى هو طريق الاعتدال فى الاشياء ، وعدم تفشى الجريمة أو استفحالها ، فاذا وقعت، فقد خرق الجانى ، منهج التشريع ، وتعدى حدوده ، لذلك وجب معاقبته بعقوبة رادعة ، لاخلاله بنظام المجتمع ، وانتهاكه للأصول الشرعية فيه.

إن هذا المسلك من جانب التشريع الاسلامى ، أثبت فاعليته وجدواه فى التعامل مع انتشار هذه الجريمة — اغتصاب الاناث — فى المجتمع الجاهلى ، وحداثة العهد بالاسلام ، حيث كان العرب يكرهون النساء

على الفاحشة أو الزنا ، ويتعاطونه فى غير ضابط أو عاصم ، ويكفى أن نشير هنا إلى ما حكاه القرآن الكريم ، فى هذا الشأن ، يقول تعالى : « ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ، إن أردن تحصنا ، لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ، ومن يكرههن ، فان الله من بعد اكراههن غفور رحيم » . (النور : ٣٣) . يقول ابن كثير : كان أهل الجاهلية إذا كان لأحدهم أمة أرسلها تزنى ، وجعل عليها ضريبة ، يأخذها منها كل وقت ، فلما جاء الاسلام نهى الله المسلمين عن ذلك . وكان سبب نزول هذه الآية فيما ذكره غير واحد من المفسرين ، من السلف والخلف — فى شأن عبد الله بن أبى ابن سلول ، فانه كان له إماء ، فكان يكرههن على البغاء طلبا لخراجهن ، ورغبة فى أولادهن ، ورياسة منه فيما يزعم [١].

والآية تدل بعمومها ، على منع الاكراه على الزنا ، وتنعى على أهل الجاهلية مسلكهم غير السوى ، وتبين لهم أن حق السيد على أمته ، الذى تقرر له بمقتضى ملكيته لها ، لا يبيح له ، أن يكرهها على مواقعة غيره ، ابتغاء عرض الدنيا من المال والولد ، ورغبة فى الكسب من ورائها ممارسة هذه الجريمة ، فمن أكره فتاته على البغاء وهو الزنا ، فان الله من بعد إكراههن غفور رحيم ، أى أن الله تعالى يغفر لهن مع ارتكابهن هذه الجريمة ، لأنهن لم يرتكبن الجريمة طوعا ورغبة فيها ، وإنما تم ذلك رغما عنهن ، على غير إرادتهن ، ومن ثم يقع إثم ارتكاب الجريمة على من أكرههن .

ولا ينبغى أن يفهم من الآية ، فى قوله تعالى : « إن إردن تحصنا » إباحة هذا الفعل ، إن انتفى عنها وصف التحصين ، لأن هذا القيد

---

(١) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج ٢ ص ٥٧ .

خرج مخرج الغالب ، فلا مفهوم له ، فالاكراه على ارتكاب الزنا ، محرم فى كل حال ، دون ثمة فرق بين إرادة التحصن ، وعدم إرادته •

وإن دلالة الآية على موضوعنا ، أظهر وأقوى ، ذلك أنه إذا كان الاكراه على مواقعة الجارية ، أى المرأة المملوكة وهى الأمة ، محرما حتى على سيدها المالك لها ، فانه من باب أولى ، يكون اكراه الحرة على الزنا أو فعل الوقاع ، يكون حراما ، لأنه لا سلطان لأحد عليها فى هذا الخصوص ، والحق أن الشرع حاسم فى هذا ، إذ الأصل فى الأبضاع التحريم ، فانها حق الله تعالى ، ولا يباح عرض المرأة إلا بكلمة الله ، وفق أصوله الشرعية ، التى وضعها لتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة • فاذا كان الأصل فى الاشياء الاباحة ، فان الأصل فى الأبضاع التحريم (١) ، حماية للأعراض ، وتعظيما لشأنها ، تطهيرا للمجتمع من الرزيلة والانحراف ، ونشأة مجتمع يقوم على الفضيلة ، والطهر والعفاف •

---

(١) يقول ابن نجيم : الاصل فى الابضاع التحريم ، ولذا قال فى كشف الاسرار ، شرح فخر الاسلام : الاصل فى النكاح الحظر ، وأبيح للضرورة انتهى • فاذا تقابل فى المرأة حل وحرمة ، غلبت الحرمة ولهذا لا يجوز التحرى فى الفروج ... لانه يجوز فى كل ما جاز للضرورة ، والفروج لا تحل بالضرورة .
الاشباه والنظائر ، ص ٦٧ •

ويقول السيوطى : الاصل فى الابضاع التحريم ، فاذا تقابل حل وحرمة غلبت الحرمة ، ولهذا امتنع الاجتهاد فيما اذا اختلطت محرمة بنسوة قرية محصورات ، لانه ليس اصلهن الاباحة ، حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه وانما جاز النكاح فى صورة غير المحصورات رخصة من الله ، كما صرح به الخطابى ، لئلا ينسد باب النكاح عليه .
الاشباه والنظائر ، ص ٦٧ .

الطرق التى رسمها الشرع ، لتحقيق الطهارة ، ومنع أسباب الجريمة :

اهتم المشرع الاسلامى ، بهذه الطرق ، إلى الحد الذى يمكن القول معه ، إنه لم يدانه فى ذلك تشريع آخر وهو فى سبيل إيجاد المجتمع المسلم الفاضل العفيف ، جاء بطائفة من الأوامر والنواهى ، المحققة لطهارة المجتمع المسلم والبعد به عن الرزائل •

وليس من غرضنا استعراض الوسائل التى اشتملت عليها ، هذه الأوامر والنواهى ، وإنما نكتفى بالاشارة إليها ، لأن المقام لا يحتاج إلى تفصيلها ، بحسب مقتضيات هذه الدراسة ، لنقرر حقيقة مؤكدة فى التشريع الاسلامى ، وهى أخذه بزمام المبادأة فى معالجته لشئون المجتمع الانسانى ، وتعهده لهذا المجتمع بالتوجيه والرعاية ، لكى يسلم من الآفات والمفاسد والمآثم ، التى تورطت فيها المجتمعات المعاصرة ، ومن ذلك نعلم أن قيادته للمجتمع الانسانى ، كانت وفق نظام محدد ، وفلسفة واضحة ، هى طهارة الجماعة الاسلامية ، وصيانتها من التردى فى الجرائم الجنسية ، وما ينجم عنها من الأمراض ، وضياع النسل •

١ — احترام المرأة :

وأول ما يلاحظ فى هذا الصدد ، أن المشرع الاسلامى ، قد فرض علاقة الاحترام ، فى التعامل بين الرجل والمرأة ، فالمرأة إنسان كالرجل، وقد خلق وإياها من نفس واحدة ، فهى ليست مخلوقاً أقل شأناً ، وأحقر منزلة من الرجل ولبست من صنع الشيطان ، كما تعتقد بعض الفلسفات ، وانما هى صنو الرجل وقرينه ، ولديها من عناصر الخير والشر والصلاح والفساد ما للرجل ، فهى ليست ملهاة له ، أو وسيلة للعبث بها ، أو النيل من عرضها ، وابتذال جسدها • يقول تعالى :

« فاستجاب لهم ربهم أنى لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى بعضكم من بعض » • (آل عمران : ١٩٥) • ويقول الرسول — صلوات الله عليه — (النساء شقائق الرجال) • ويقول : (كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه) ، فالنص قرآنا كان أو سنة ، يسوى فى المعاملة بين الجنسين ، ويجعل لكل الدرجة والمثوبة بقدر عمله ، ويقرر الأصل المشترك لكل منهما ، وأن حرمة العرض واحدة فيهما ، لا فرق بين رجل وامرأة •

٢ — تغطية الجسد ، وعدم التبرج :

وقد نظم الشارع الاسلامى ، قواعد السلوك بين الرجل والمرأة ، لعلمه أن كل جنس قد خلق للآخر ، وأن كلا منهما ينجذب إلى الآخر ، بحكم الغريزة التى أودعها الله تعالى فيهما ، فنبه على أن ثمة ضوابط يجب اتباعها ، والسير على هديها • ومن ذلك أن سفور المرأة وبروزها إلى مجتمع الرجال ، وعدم التحوط والاكتراث فى سلوكها مع الرجل ، فى غير التزام بمقررات الشرع من الملبس المحتشم والمظهر الملتزم ، أمر ممنوع ، فان المرأة عليها أن تكون كاسية لجسدها وقورة فى مسلكها، حيية فى تعاملها ، يقول تعالى : « يا أيها النبى قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين ، يدنين عليهن من جلابيبهن ، ذلك أدنى أن يعرفن فلا يؤذين ، وكان الله غفورا رحيما » • (الأحزاب : ٥٩) • فهو أمر من الله لرسوله ، أن يأمر النساء المؤمنات — خاصة أزواجه وبناته لشرفهن — بأن يدنين عليهن جلابيبهن ، ليتميزن عن سمات نساء الجاهلية وسمات الاماء والجلباب هو الرداء فوق الخمار ، قاله ابن مسعود وعبيدة وقتادة ، والحسن البصرى ، وسعيد بن جبير ، وإبراهيم النخعى ، وعطاء الخراسانى ، وغير واحد ، وهو بمنزلة الازار اليوم •

وقال السدى فى قوله تعالى : « قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن ، ذلك أدنى أن يعرفن فــلا يؤذين » : كان ناس من فساق أهل المدينة يخرجون بالليل حين يختلط الظلام إلى طرق المدينة ، يتعرضون للنساء ، وكانت مساكن أهل المدينة ضيقة ، فاذا كان الليل خرج النساء إلى الطرق يقضين حاجتهن ، فكان أولئك الفساق يبتغون ذلك منهن ، فاذا رأوا امرأة عليها جلباب ، قالوا هذه حرة ، كفوا عنها • وإذا رأوا المرأة ليس عليها جلباب ، قالوا هذه أمة ، فوثبوا إليها !!! فالالتزام بالزى الذى يغطى جسد المرأة ، وهو ما يأمر به القرآن ، إعلان فى ذاته ، عن التمسك بالفضيلة ، وصد للفســـاق عن التعرض للمرأة ، وسد ابواب التذرع عليهم من ان مظهر المرأة ، وكشفها لجسدها ، من بين أسباب الاحتكاك بها والتعرض لها ، ومسألة كشف جسد المرأة ، من بين الأســـباب الدافعة إلى ارتكاب جريمـــة الاغتصاب ، وغيرها من جرائم العرض ، عند المتربصين بالمرأة من ضعاف العقول والقلوب ، كما أن تغطية جسد المرأة من الأسباب المانعة لارتكاب الجريمة ، أو التى تقلل من وقوعها ، لأنها تمثل حائلا بين الرجل والمرأة ولو فى الظاهر ، وتقطع عليه أسباب الشك والارتياب فيها ، وهذا كما حدث فى مجتمع الجاهلية ، يحدث فى مجتمع هذه الأيام ، كمـــا تبرهن عليه حوادث اغتصاب الاناث المعاصرة •

٣ ــ غض البصر :

وهذا الالتزام يقع على عاتق الرجل والمرأة ، لأن اتباع النظرة تلو النظرة ، طريق إلى الاعجاب بمحاسن المرأة ، والرغبة فيها ، وهى

---

(١) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، جـ ٢٢ ، ص ٤٧٠ ، ٤٧١ •

سبيل الوصول إلى ما هو أكبر منها ، إلى أن تبلغ المنتهى فى مواقعة المرأة ، ولخطورة النظر نبه الله تعالى إلى غض البصر ، فى قوله تعالى: « قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ، ويحفظوا فروجهم ، ذلك ازكى لهم ، إن الله خبير بما يصنعون • وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها •• » ، (النور : ٣٠ ، ٣١) فالنظرة المقصودة والمتفحصة ذات دلالة خطيرة فى إرادة الفاحشة ، وهى سفير ومعبر عن نية خبيثة وغاية محظورة ، وإن وقع النظرة لا يخفى على عاقل ، وقد بين الحديث ذلك فى قول الرســول — صلى الله عليه وسلم — النظرة سهم مسموم من سهام إبليس ، فمن تركها خوفا من الله تعالى ، أعطاه الله تعالى ، إيمانا يجد حلاوته فى قلبه ، وتقـديرا لأثر النظرة المحرمة ، ودورها فى الجريمة ، قال الرسول — صلى الله عليه وســلم — لكل ابن آدم حظ من الزنا ، فالعينان تزنيان وزناهما النظر ، واليدان تزنيان وزناهما البطش ، والرجلان تزنيان ، وزناهما المشى ، والفم يزنى وزناه القبلة ، والقلب يهم أو يتمنى ، ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه • فالعين مفتاح الجريمة، والطريق الموصل إليها ، وعملها هو نوع من الزنا بحسب وظيفتها فى ارتكاب الجريمة ، ولذلك فان صنيع العين يطلق عليه الزنا بالمعنى المجازى ، وهذا هو السبب فى الأمر القرآنى بغض البصر من الرجال والنساء على سواء ، وإنما بدأ بالرجل لجرأته ، فهو الذى يفعل ذلك ويطلبه ، وهو الذى يحاول فى الغالب ، أن يقتحم جسد المرأة بنظرته ، أما المرأة فان الحياء يغلبها ، فتصد نفسها عن النظر إلى الرجل ، أو لما تعلمه من رد الفعل عند الرجل إذا هى نظرت إليه •

وفى بيان أثر النظرة ، يبين الغزالى كيفية علاج ذلك بقوله : فان غلبته الشهوة فليكسرها بالجوع الطويل والصوم الدائم ، فان لم تنقمع الشهوة بذلك ، وكان بحيث لا يقدر على حفظ العين مثلا ، وإن قدر على حفظ الفرج فالنكاح له أولى ، لتسكن الشهوة ، والا فمهما لم يحفظ عينه ، لم يحفظ عليه فكره ، ويتفرق عليه همه ، وربما وقع فى بلية لا يطيقها ، وزنا العين من كبار الصغائر ، وهو يؤدى على القرب إلى الكبيرة الفاحشة ، وهى زنا الفرج ، ومن لم يقدر على غض بصره ، لم يقدر على حفظ فرجه (١) •

إن تحريم الشرع للنظر المقصود ، والمتفحص ، هو منع لتعاطى أسباب الجريمة فان من تورع عن النظر إلى ما لا يحل له ، لم يرض أن يقترف ما فوقها من الخلوة بالمرأة ، أو مداعبتها أو اطراء محاسنها ، وغير ذلك مما يعد مقدمة يسلكها من يريدون ابتذال المرأة والنيل منها ، ثم مواقعتها ومن ألزم نفسه بغض بصره وإعفاف نفسه عن ذلك ، فانه لم يتعرض لها ، أو يتربص بها ، وبالقطع فلن يفكر مجرد تفكير فى اغتصابها •

وهذا التحريم مقصود من التشريع الاسلامى ، وقاية للمجتمع ، ونأيا به عن أسباب الجريمة ، أو الوسائل الموصلة إليها •

٤ ــ الترغيب فى الزواج وتيسير أسبابه :

فلا شك أن الزواج يحصن النفس من الانحراف ، ويقطع مادته لدى الشباب ، ولما كان الزواج يحتاج إلى نفقة ومؤنة له ، فان الشاب فى

---

(١) الغزالى ، احياء علوم الدين ، جـ ٨ ، ص ١٥٢٣ •

مقتبل حياته قد يعجز عن توفيرها والقيام بها ، قال تعالى : « وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا ، حتى يغنيهم الله من فضله » ، وكما أشار إلى ذلك الحديث : (يا معشر الشباب ، من استطاع منكم البـاءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فانه له وجاء) . فالمراد بالباءة مؤنة النكاح ، سميت باسم ما يلازمها ، وتقديره من استطاع منكم مؤن النكاح فليتزوج ، ومن لم يستطع فليصم (١) ، فان الصوم له وجاء أى قاطع للشهوة ، لأنه ينافيها ويضعف دواعيها .

فهذا التوجيه للشباب ، ليحفظ عليهم عفتهم ، ويحول بينهم وبين سلوك طريق الرزيلة ، إلى أن يتهيأ لهم القدرة على الزواج ، بتيسير أسبابه ، والقدرة على متطلباته ، لأن المجتمع المسلم هو مجتمع الطهارة والنقاء والعفة .

هذا وإن الحاكم والدولة فى النظـام الاسـلامى ، مسئولة عن الشباب بمعاونته فى أمر الزواج ، ومد يد المساعدة إليه ، فقد كان هذا من مسئولية الحاكم فى الاسلام يروى الزهرى ، أن عمر بن الخطاب قال : إن جاءنى خمس العراق لا أدع هاشميا إلا زوجته ، ولا من لا جارية له ، إلا أخدمته (٢) .

وإن ذلك لم يكن فقط ، فى عهد دولة الراشدين ، فقد حدث ذلك فى عهد الدولة الاموية ، فقد ذكر أن عبد العزيز بن مروان ، أمير مصر فى عهد عبد الملك بن مروان ، جمع الناس فى المسجد ، ودعاهم رجلا

---

(١) الشوكانى ، نيل الاوطار ، جـ ٦ ، ص ١١٥ ، ١١٦ .
(٢) أبو عبيد ، الاموال ، ص ٤٢ .

رجلا ، وكان يقول لكل رجل : ألك زوجة ؟ فيقول لا ، فيقول زوجوه • ألك خادم ؟فيقول : لا ، فيقول : اخدموه • أحججت ؟ فيقول لا • فيقول : احججوه • أعليك دين ؟ فيقول : نعم ، فيقول : اقضوا دينه (١) •

فهذه وسيلة أخرى من الوسائل الواقية ، من الوقوع فى الجريمة ، وهى تتطلب مساهمة ايجابية من الدولة ، بحل مشكلات الشباب الاجتماعية والاقتصادية حماية له ، للحيلولة بينه وبين التردى فى أحضان الرزيلة ، لاحساسه بالضياع والفاقة ، وشعوره بالعجز عن توفير متطلباته الأساسية من وجود مصدر للارتزاق منه ، والزواج بشريكة حياته ، لبناء أسرة يشعر بها ومعها بانتمائه لمجتمعه ، فهذا واجب من الواجبات التى تطلع بها الدولة ، فان لم تقدر على القيام به كله ، فعليها أن تعاون فى تيسير بعض أسبابه كتوفير المسكن ، أو تقرير إعانة لتزويج الشباب أو غير ذلك من الوسائل وهى كثيرة ، لأن ما لا يدرك كله لا يترك كله ، ولأنها بذلك تبقى على الشباب أصحاء أسوياء ، لا يندفعون إلى تيار الجريمة على اختلاف أنواعها ولغرس الانتماء فى نفوس الشباب ، وهم طاقتها وعدتها فى الحاضر والمستقبل، وبهم يتحقق الازدهار والتقدم للمجتمع ، فى شتى مناحى الحياة ، وبدونهم لن يتحقق ذلك ، بل سيصبحون عالة على مجتمعهم ، وداء ينخر فى بنيان المجتمع ، ويقوضه من الأساس •

وانما ركزنا على هذه الوسيلة ، لأهميتها بصدد الجريمة محل البحث ، ولاتصالها الوثيق ، وأثرها القوى ، فى الحد من ارتكاب

(١) ابن تغرى بردى ، النجوم الزاهرة ، جـ ١ ، ص ٦٩ .

جريمة اغتصاب الاناث ، إذ مما لا شك فيه ، أن الشاب قد يندفع إلى اغتصاب الأنثى ، عندما لا تتوفر له أسباب الزواج ، فاذا تيسر له ذلك ، فقد نفينا الأسباب المؤدية إلى الجريمة ، أو على الأقل أقوى الاسباب فى وقوعها ، لأنه يغتصب الأنثى مندفعا نحوها باشباع شهوته ، وتلبية نداء غريزته الحيوانية ، فمتى أمكنه ذلك فى نطاق مشروع ميسر ، فلن يقدم عليها ، ولن تقع الجريمة إلا من الشذاذ والفجار ، المتأصل فيهم الانحراف ، وسلوك طريق الرزيلة •

إن هذه الوسائل فى مجملها ، تبرهن على أن جريمة الاغتصاب إذا كان الجانى فيها الرجل ، فان ثمة التزاما يقع على عاتق المرأة ، والدولة كذلك ، وليس هذا تبريرا لمسلك الجانى ، وانما هو إشارة إلى جذور المشكلة ليعرف كل طرف فيها دوره ، ويقوم بواجباته ، لمنع الجريمة ووقاية المجتمع منها ، وهى خطة المشرع الاسلامى ، الذى يهتم بالسبب والنتيجة معا ، ويعمل على توجيه الأحداث ، غير مكتفى بردود الفعل تجاه هذه الأحداث ، فيتطهر المجتمع ، وتنحصر الجريمة فى أقل معدل ممكن لها ، ويستحق مرتكبها أشد العقوبات ، لكونه نبتا ضارا فى بنيان المجتمع المسلم ، المؤسس على بنيان راسخ ، ودعائم وطيدة على مستوى الفرد والجماعة •

٥ ــ الضمانة الخاصة بتطبيق العقوبة :

الأفراد فى أى مجتمع ، متفاوتين فى أخلاقهم ، وفى تمسكهم بالعقيدة ، وفى التزامهم بالقانون ، وقد راعى المشرع الاسلامى هذه الحقيقة وعالجها بما يكفل تحقيق العدالة بين الأفراد ، واعطاء كل ذى حق حقه ، وعدم الأخذ بالظن السيىء والادعاء الكاذب ، الذى

قد يسلكه الشخص انتقاما وتنكيلا بمن يدعى عليه ، أو للوصول إلى غرض من الأغراض ، خاصة إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة المدعى عليه فيها ، شديدة الوطأة . تؤدى بالجانى إلى التهلكة .

هذه المقولة تصدق على جريمة اغتصاب الاناث ، والعقوبة المقررة لها ، فان المرأة المجنى عليها فى هذه الجريمة ، قد تسول لها نفسها أن تدعى على الرجل ، أنه قد اغتصبها زورا وبهتانا ، لغرض فى نفسها ، وهذا ليس بدعا من القول ، فقد حدث ، ولا يزال يحدث حتى يومنا هذا .

وقد حكى القرآن الكريم ، فى صراحة ووضوح ، مثل ذلك الادعاء الكاذب ، فى قصة امرأة عزيز مصر ، مع النبى يوسف عليه السلام ، بقولها لزوجها زورا وبهتانا : « ما جزاء من أراد بأهلك سوءا ، إلا أن يسجن أو عذاب أليم » (يوسف : ٢٥) . أى ما جزاء من فعل شيئا يسوءك ، إلا سجن يعاقب به ، أو عذاب أليم موجع يؤدبه ، ويلزمه الطاعة ، وكان هذا القول مكرا وخداعا لزوجها من وجوه :

أولها : إيهام زوجها أن يوسف قد اعتدى عليها ، بما يسوءه ويسوءها .

ثانيها : أنها لم تصرح بذنبه ، لئلا يشتد غضبه ، فيعاقبه بغير ما تريده كبيعه مثلا .

ثالثها : تهديد يوسف وإنذاره ما يعلم به ، أن أمره بيدها ليخضع لها ويطيعها (١) .

---

(١) محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، جـ ١٢ ، ص ٢٣٦ .

فهذا نموذج من الأغراض التى تتغياها المرأة ، من ادعائها ، أن الرجل قد اعتدى عليها ، وهى تتيقن أنها كاذبة فى دعواها ، ظالمة لمن ادعت عليه ، متهمة إياه ارتكاب الجريمة ، وهى فى الحقيقة المتهمة ، وهو المجنى عليه ، كما بين النص فى القصة ذاتها ذلك ، بقوله تعالى : « قالت امرأة العزيز ، الآن حصحص الحق ، أنا راودته عن نفسه ، وإنه لمن الصادقين » (يوسف ٥١) • فهذا اعتراف منها ، بأنها أخفت الحقيقة ، وهى أنها هى التى طلبت منه مواقعتها ، وسلكت معه كل المسالك لحمله على ذلك بالاغواء والسجن فاستعصم ، وامتنع عن الجريمة ، وكان جزاؤه السجن ظلما وعدوانا ، فهو صادق فى نفى اتهامها له ، وهو صادق فى براءته من الدنس والاعتداء على عرضها ، وهو اثبات — بلغ المنتهى — على عفته وطهارته ، وأنه لم يرد بهـا أى سوء ، وهو ما أقرت به نفسها ، فيما أثبته القرآن حكاية عنها •

لكن إذا كان هذا الحكم ، من باب العزيمة ، ومن خصائص الأنبياء فما هو الحكم الشرعى ، فى أمثال هذه الادعاءات الكاذبة ، التى تدعيها بعض النساء ، على بعض الرجال انه اغتصبها وتظهر فيها المرأة بمظهر الضحية للرجل الذى اعتدى عليها ، وأصابها فى عرضها ؟ هذا نتعرف عليه ، فى الواقعة التالية :

أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، بامرأة ، قد تعلقت بشاب من الأنصار ، وكانت تهواه ، فلما لم يساعدها احتالت عليه ، فأخـذت بيضة فألقت صفرتها ، وصبت البياض على ثوبها وبين فخذيها • ثم جاءت إلى عمر صارخة ، فقالت : هذا الرجل غلبنى على نفسى ، وفضحنى فى أهلى ، وهذا أثر فعاله • فسأل عمر النساء ، فقلن له :

إن ببدنها وثوبها أثر المنى ، فهم بعقوبة الشاب ، فجعل يستغيث ، ويقول : يا أمير المؤمنين : تثبت فى أمرى ، فوالله ما أتيت فاحشة ، وما هممت بها ، فلقد راودتنى عن نفسى فاعتصمت .

فقال عمر : يا أبا الحسن ما ترى فى أمرهما ؟ فنظر على إلى ما على الثوب . ثم دعا بماء حار شديد الغليان ، فصب على الثوب ، فجمد ذلك البياض ، ثم أخذه واشتمه وذاقه ، فعرف طعم البيض وزجر المرأة ، فاعترفت (١) .

فهذا دليل آخر ، على وقوع مثل هذا الادعاء وعلى امكانية وقوعه فى كل عصر ، وأن واجب القاضى أن يتثبت فى مثل هذا الاتهام ، وأن يتحرى عن حقيقته ، وأن يتعرف على الظروف والملابسات المحيطة بالواقعة ، ولو أن يستعين فى ذلك ، بالتعرف على سلوك الرجل والمرأة ، وسر العلاقة بينهما ، كما أن له أن يستخدم بعض الوسائل الزاجرة لاكتشاف الحقيقة فى الواقعة ، حذرا من وصم البرءاء بالسوء ، ودرءا من إشاعة الادعاءات الكاذبة ، والتمكين للباطل والظلم أن يوجد فى المجتمع الاسلامى ، أيا كان مصدره .

أما عن العقوبة التى توقع على المرأة فى هذه الحالة ، فيقررها ابن حزم بقوله : فيمن ادعت أن فلانا اســتكرهها .. عن الزهرى وقتادة قالا جميعا فى امرأة قذفت رجلا بنفسها أنه غلبها على نفسها والرجل ينكر ذلك ، وليس لها بينة ، فانها تضرب حد الفرية .. ويروى أن رجلا استكره امرأة فصاحت ، فجاء مؤذن فشهد لها عند عمر بن

---

(١) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٦٦ ، ٦٧ .

عبد العزيز أنه سمع صياحها فلم يجلدها •• وعن عمر بن عبد العزيز انه أتته امرأة فقالت : إن فلانا استكرهنى على نفسى ، فقال : هل سمعك أحد أو رآك قالت : لا ، فجلدها بالرجل •• قال ابن وهب : سألت مالكا عن المرأة تقول إن فلانا أكرهنى على نفسى ، قال : إن كان ليس مما يشار إليه بذلك جلدت الحد ، وإن كان مما يشار إليه بالفسق نظر فى ذلك •

ويخلص ابن حزم من ذلك بتقرير رأيه فيقول : ثم نظرنا فى التى تشتكى بانسان أنه غلبها على نفسها ، فوجدناها لا تخلو من أن تكون قاذفة أو تكون غير قاذفة ، فان كانت قاذفة فالحد واجب عليها بلا شك، إذ لا خلاف فى أن قاذف الفاسق يلزمه الحد كقاذف الفاضل ولا فرق• والقذف هو ما قصد به العيب والذم ، وهذه ليست قاذفة ، انما هى مشتكية مدعية وإذ ليست قاذفة ، فلا حد للقذف عليها ، ولكن تكلف البينة ، فان جاءت بها أقيم عليه حد الزنا ، وإن لم تأت بها فلا شيء عليه أصلا ، لا سجن ولا أدب ولا غرامة ، لأن ماله محرم وبشرته محرمة ، قال الله تعالى : « فامشوا فى مناكبها » • فان قال قائل : فان لم تكن بينة فاقضوا عليه باليمين بهذا الخبر ، قلنا وبالله تعالى التوفيق ان دعواها انتظم حقا لها ، وحقا لله تعالى ، ليس لها فيه دخول ولا خروج ، فحقها هو التعدى عليها وظلمها ، وحق الله تعالى هو الزنا فواجب أن يحلف لها فى حقها ، فيحلف بالله ما تعديت عليك فى شيء ولا ظلمتك ، وتبرأ ذمته ، ولا يجوز أن يحلف بالله ما زنى ، لأنه لا خلاف فى أن أحدا لا يحلف فى حق ليس له فيه مدخل [1] •

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، جـ ١١ ، ص ٢٩١ ، ٢٩٣ •

ومفاد رأى الفقه فى ذلك ، أن عقوبة المرأة المدعية على الرجل أنه أغتصبها ، هى حد القذف وهو الجلد ثمانين جلدة .

وكيفية ذلك أنها تطالب باثبات ما تدعيه ، فان برهنت على صحة مدعاها ، فان الرجل يحد حد الزنا ، ويستعلم عن سلوك الرجل ، للتحرى عنه إن لم يكن لها بينة ، فان كان معروفا بالفسق والفجور عوقب جزاء فعلته ، وأن كان معروفا بالاستقامة ، لم يعاقب بالحد .

ويرى ابن حزم ، أن المرأة المدعية الاغتصاب ، لا تجلد حد القذف لأنها ليست قاذفة ، وإنما هى مدعية باغتصـــابه إياها ، فاذا أثبتت ما تدعيه ، حد الرجل حد الزنى ، وإن لم تثبت ما تدعيه لم يعاقب الرجل بشىء ، ويحلف بلله تعالى ما ظلمها ولا تعدى عليها وتبرأ ذمته بذلك .

فهذا ضمان لانزال العقوبة على مستحقها ، بالتحرى فى دعاوى الزور والاتهام الكاذب ، وتوقيع العقوبة العادلة الملائمة للمعتـــدى رجلا كان أو امرأة ، فان المرأة المدعية الاغتصاب كذبا إما أن تحـــد حد القذف ، وإما أن تعزر على صنيعها ذلك ، بما يكفل ردعها وزجرها عن ادعائها الكاذب .

وهذا المسلك طريق عادل ، يراعى حقوق كافة الاطراف ، فلا يفلت المدعى بدعوى كاذبة من العقاب ، ويضمن تنفيـــذ العقوبة المقررة للجريمة ، على من ارتكبها فعلا ، فيوقع عليه الجزاء الرادع الذى يزجره ويردع أمثاله عن ارتكاب الجريمة ، وبذلك تتحقق الغاية من العقوبة .

وإن خطة الشارع الاسلامى ، فى هذا الصدد ، فوق استهدافها ، لمعاقبة من يستحق العقوبة ، وهو مرتكب الاغتصاب أى الجانى الحقيقى ، والضرب على أيدى المدعين كذبا ، ارتكاب الجريمة ، يرمى إلى تأصيل الطهارة بين أفراد الجماعة الاسلامية ، ومنع الخوض فى الأعراض ، حذرا من أن تلوكها الالسنة ، وما ينشأ عن ذلك من أثر سيىء ، فى اظهار الفاحشة فى مجتمع المؤمنين بالباطل ، فيتمخض عنه ضرر للامة ، وتجرأ أصحاب الفجور وضعاف النفوس ، على اقتحام الحرمات ، والاقدام على انتهاك الأعراض وهو ما لا تخلو منهم أى أمة من الأمم ، فيؤدى ذلك إلى استسهال وقوع الجريمة ، وجر الغافلين عنها إلى مزالقها الخبيثة •

والأصل فيه أن الجريمة كالمرض المعدى ، الذى ينتقل بالمخالطة والمشاركة بين الأفراد ، فان من يرتكب جريمة من الجرائم ، يعمل على اشراك غيره فيها ، ويسعى إلى أن يقع الناس فيها ، كما وقع هو وهذه حقيقة يدل عليها الواقع ، وخاصة فى جرائم الاغتصاب والعرض، فانها قد تقع بالاشتراك [1] ، والتعاون بين الآثمين ، وأصحاب السلوك السيىء •

---

(١) يقول ابن تيمية : والمشاركة قد يختارونها فى نفس الفجور ، كالاشتراك فى الشرب والكذب والاعتقاد الفاسد • وقد يختارونها فى النوع كالزانى الذى يود أن غيره يزنى ، والسارق الذى يود أن غيره يسرق أيضا، لكن فى غير العين التى زنى بها أو سرقها •

أما الداعى الثانى فقد يأمرون الشخص بمشاركتهم فيما هم عليه من المنكر ، فان شاركهم وإلا عادوه وآذوه على وجه ينتهى الى حد الاكراه أو لا ينتهى الى حد الاكراه • =

ويدل عليه أقوال بعض الأئمة ، فقد قال عثمان بن عفان : ودت الزانية لو زنى النساء كلهن • وسبيل ذلك أن يزين الشخص لغيره سلوك طريق الجريمة ، ويدفعه بكل ما وسعه إلى التردى فيها ، وخطورة ذلك على المجتمع بالغة ، لما فيه من اشاعة الفاحشة ، وقد توعد الله تعالى من يرتاد هذا الطريق ، بقوله تعالى : « إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا ، لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة ، والله يعلم وأنتم لا تعلمون » (النور : ١٩) • فاذا علم من تراوده نفسه هذه الحقيقة ، أقلع عما انتواه ، وتراجع عنه ، لمغبة فعله ، وأثره المدمر على مجتمع المؤمنين •

= ثم ان هؤلاء الذين يختارون مشاركة الغير لهم فى قبيح فعلهم ، أو يأمرونه بذلك ، ويستعينون به على ما يريدونه متى شاركهم وعاونهم وأطاعهم انتقصوه واستخفوا به ، وجعلوا ذلك حجة عليه فى أمور أخرى ، وان لم يشاركهم عادوه وآذوه وهذا حال غالب الظالمين القادرين .
الحسبة ، ص ٩٩ ، ١٠٠ .

الفصل الثانى

مفهوم اغتصاب الاناث

الاغتصاب من بين الجرائم الجنسية ، يتميز باهدار حق الفرد والمجتمع فى صيانة الحياة الجنسية ، والمحافظة على العرض بمنأى عن الأذى أو المساس به ، وبقول آخر ، فانه يخل بمصلحتين أساسيتين للفرد بما يمثله من اعتداء على حريته الجنسية ، ومصادرة لعنصر الارادة والاختيار لديه ، وللمجتمع بما يتمخض عنه من اعتداء على الحياء العام وقيم وأخلاق الجماعة •

ولهذا السبب ، أولته الشرائع عناية خاصة ، وشددت فى العقاب عليه ، لأن الاعتداء على الحياة الجنسية فيه من طرف واحد ، قد بلغ حده الاقصى ، وتحقق الاضرار فيه لكل من الفرد والجماعة ، الأمر الذى يتيقن معه أن الفرد الذى وقع عليه الاغتصاب مثله مثل الجماعة هو الطرف المجنى عليه ، وإن كان قد لحق به الضرر مباشرة •

ونتناول فيما يلى تحديد معنى الاغتصــاب فى قانون العقوبات المصرى وفى الفقه الاسلامى •

المبحث الأول

تعريف اغتصاب الاناث فى القانون الوضعى

تعددت تعاريف شراح قانون العقوبات ، لجريمة اغتصاب الاناث ، إلا أن الناظر فيها يجدها تتفق فى المضمون ، وإن اختلفت فى الاسلوب والألفاظ المستعملة ، وهذا يبين فى استعراض بعض هذه التعريفات

عرفها البعض بقوله : الاغتصاب هو اتصال رجل بامرأة ، اتصالا جنسيا كاملا ، دون رضاء صحيح منها بذلك (١) .

وذهب البعض الآخر ، إلى القول ، بأنه يمكن تعريف الاغتصاب بأنه اتصال الرجل جنسياً بالمرأة ، كرها عنها (٢) .

وعرفها ثالث بأنه يقصد باغتصاب الاناث : مواقعة أنثى بدون رضـــاها (٣) .

والملاحظ على هذه التعريفات ، أنها قد أبرزت العناصر المكونة للجريمة ، أو بالاصطلاح الفقهى أركان الجريمة ، بما يعنى أن هـــذه الجريمة لا تتحقق الا بمعاشرة الرجل للمرأة ، وقد تمت هذه المعاشرة من جانب الرجل ، بسلوكه الايجابى المنفرد ، ولم تكن المرأة فى ظل هذه المعاشرة ، إلا محلا لهذا الاتصال غير المشروع ، دون أن يكون لها دور آخر فيه . وفى هذا القدر تتفق هذه التعريفات .

على أن معاشرة الرجل للمرأة ، عن طريق اتصاله بها اتصـــالا جنسيا غير مشروع ، ينبغى أن يكون فى أجسم صورة ، وذلك يتأتى بأن يكون وقاع الأنثى بغير رضاء صحيح منها ، وهو ما يذهب إليه التعريف الأول ، والتعبير بأن الوقاع تم دون رضا صحيح ، أوسع فى دلالته من لفظ الاكراه ، وأن كان يشمله ، فهذا الركن لا يقتضى

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٣٩ .

(٢) د. احمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات — القسم الخاص ، ١٩٨٥ ، ص ٦٣٣ .

(٣) د. حسنين عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، ١٩٧٣ ، صفحة ١٦٢ .

ارتكاب الفعل باكراه مادى أو معنوى ، وانما يكتفى بارتكابه دون رضاء صحيح ، من المجنى عليها ، وفى تعبير آخر لا يشترط أن يرتكب المتهم الفعل ، ضد إرادة المجنى عليها ، وانما تقوم الجريمة بارتكابه الفعل دون إرادتها ، ويعنى ذلك أنه لا تستبعد من نطاق الجريمة ، غير حالات الاتصال الجنسى ، التى تتم برضاء صحيح من المرأة ، ويتسع نطاقها بعد ذلك ، لسائر حالات الاتصال الجنسى (١) .

ومؤدى هذا أن مواقعة الأنثى مع كونها غير مشروعة ، لا يكفى لتجريمها أن تكون كذلك فقط ، وانما لابد أن تكون المواقعة رغما عنها ، والمتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى ، أن جريمة اغتصاب الاناث ، لكى تتحقق ، يجب أن تنطوى على إكراه من جانب الجانى وهو الرجل ، للمجنى عليها وهى المرأة ، لأن هذا هو ما يتحقق به الجبر والقهر ، وهو ما عبر عنه التعريف الثانى بقوله : كرها عنها ، وهذا التعبير لا ينفى للقول بتحقق الاغصاب ، استخدام وسائل أخرى من شانها أن تعدم إرادة المجنى عليها مثل التهديد والاسكار والتنويم المغناطيسى والجنون والاغماء وغيرها ، لأن هذه الوسائل عند التحقيق تتضمن الاكراه ، وان كان فى صورة غير مباشرة ، أو ليس على صورة الاكراه

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠ . ويدلل على رأيه ، بما ذهبت اليه محكمة النقض ، من أن عدم الرضا المنصوص عليه فى المادة ٢٣٠٤ تقابل المادة ٢٦٧ من القانون الحالى ، كما يتحقق بوقوع الاكراه المادى على المجنى عليها ، فانه يتحقق كذلك ، بكل مؤثر يقع على المجنى عليها ، من شأنه أن يحرمها الاختيار فى الرضا وبعدمه ، سواء كان هذا المؤثر آتيا من قبل الجانى كالتهديد والاسكار والتنويم المغنطيسى وما أشبه ، أم كان ناشئا عن حالة قائمة بالمجنى عليها ، كحالة النوم أو الاغماء وما أشبه ، نقض ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ، رقم ١٦ ، ص ٢٢ .

المادى فى شكل القوة والعنف المعروف الذى يقوم به الجانى عند ارتكابه للجريمة •

ويعنى ذلك أن جريمة اغتصاب الاناث طبقا لهذه التعاريف لا تقوم الا بوقوع الاتصـــال الجنسى غير المشروع على المرأة ، وأن يكون الاتصال بغير رضا المرأة الصحيح ، وفق التعريف الأول ، أو باكراه المرأة أو ما فى معناه وفقا للتعريف الثانى ، ليشمل كل صور انعدام الارادة ، وهو ما يجعل التعريف الأول أكثر شمولا ودلالة على مفردات السلوك المتنوعة ، التى يتحقق بها انعدام الارادة ، نصا لا معنى •

المبحث الثانى

ماهية اغتصاب الاناث فى الفقه الاسلامى

يمكن القول بوجه عام ، بأن جريمة اغتصاب الاناث ، فى نظر الفقهاء المسلمين تتأتى بحمل الرجل المرأة على الاتصال به جنسيا ، دون رضا واختيار منها •

وإن أظهر وسيلة لهذا الحمل أو القهر ، يتمثل فى الاكراه الذى يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، هذا إلى جانب وسائل أخرى ينتفى معها الرضا أو يزول بها الادراك كالإسكار والنوم ، وما على شاكلتهما •

والناظر فى مشتملات النظرية الفقهية ، فى هذا الخصوص ، يجد بها تباينا وتفصيلا ، فيما ذهب إليه أئمة المذاهب الفقهية ، وفق نظرهم فى مفهوم الوسيلة التى يتحقق بها الاغتصاب •

المذهب الحنفي :

يرى أن جريمة اغتصاب الاناث تتحقق بكل مواقعة للأنثى بغير رضا منها ولا طواعية • فيكفى فى نظر المذهب أن ينتفى رضا المرأة ومطاوعتها للرجل ، للقول بقيام الجريمة ، ولا يشترط فيه أن يكون الاغتصاب بوسيلة ينعدم فيها الرضا ويفسد الاختيار ، وذلك أن جريمة الزنا وهى المصطلح الشرعي لوطء الرجل امرأة أجنبية عنه ، تتحقق من الرجل بسلوك ايجابى هو الاتصال الجنسي ومن المرأة بسلوك سلبى هو التمكين ، فالزنا يتحقق أساسا من الرجل ، لأنه الواطىء بالايلاج فى قبل المرأة ، ولا يتحقق فعل الزنا منها وهو الوطء ، لأنها موطوءة وليست بواطئة • فاذا ارتكب الرجل الزنا من غير رضا المرأة ومطاوعة منها ، وكانت أجنبية عنه كنا بصدد جريمة اغتصاب ، ذلك أن الاغتصاب فى حق المرأة — كما يقول الكاسانى — لا فرق فيه بين الاكراه التام والناقص ، ويدرأ الحد عنها فى نوعي الاكراه ، لأنه لم يوجد منها فعل الزنا ، بل الموجود هو التمكين ، وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالاكراه ، فيدرأ عنها الحد » (١) •

وهذا الاتجاه للمذهب يؤكده صاحب الاختيار بقوله : ولو أكرهت المرأة وسعها ذلك ولا تأثم ، نص عليه محمد ، لأن الفاعل الرجل دونها لأن الايلاج فعله فلم يتحقق الزنا منها ، لكن تمكينها وسيلة إلى فعله فيباح عند الضرورة (٢) •

ومؤدى فقه المذهب ، بصدد مفهوم الجريمة ، تحميل الرجل عبء قيام الجريمة لخطورة مسلكه ، ودوره الفاعل فى الجريمة ، وأنه الجانب

(١) بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ١٨١ •
(٢) الاختيـار ، ج ٢ ، ص ١٥٠ •

الأساسى فيها وصاحب الدور الاكبر فى وجودها ، ويبرز ذلك بوضوح عندما يرتكب الجريمة باكراهه المرأة وحملها على الاتصال به ، وبهذا المسلك تقوم الجريمة .

المذهب المالـكى :

يعبر المذهب المالكى عن هذه الجريمة ، بصورة أكثر وضوحا ، وأقوى دلالة طبقا لتحديد الجريمة ، فى القانون الوضعى ، ويظهر ذلك، فيما ذهب إليه إمام المذهب ، حيث يقول فى المدونة : فى الرجل يغتصب امرأة أو يزنى بمجنونة أو نائمة . قلت أرأيت لو ان رجلا غصب امرأة أو زنى بصبية مثلها يجامع ، أو زنى بمجنونة ، أو أتى نائمة ، أيكون عليه الحد والصداق جميعا فى قول مالك . قال ، قال مالك : فى الغصب إن الحد والصداق يجتمعان على الرجل ، فأرى المجنونة التى لا تعقل والنائمة بمنزلة المغتصبة . وقد قال مثل قول مالك فى الحد والغرم على بن أبى طالب وابن مسعود وسليمان بن يسار وربيعة وعطاء . وقال عطاء : إن كان عبدا ففى رقبته . وقال ربيعة فى النائمة ، إن على من أصابها الحد (١) .

يوضح هذا النص المدلول الواسع لجريمة الاغتصاب . فالجريمة فى نظر الامام مالك : كل اتصال غير مشروع من جانب الرجل بالمرأة بدون رضا صحيح منها . فيندرج تحت مفهوم الجريمة ، الاكراه وما فى حكمه مما يعدم الرضا أو يؤثر على الادراك مثل الصغر أو الجنون أو النوم أو الاغماء أو السكر . فهو يوسع من دائرة الأفعال

---

(١) مالك بن انس ، المدونة الكبرى ، جـ ٤ ، ص ٤٠١ .

التى تقوم بها الجريمة ، التى من شأنها أن تجعل الارادة معيبة • ويلفت النظر فى هـذا الخصوص ، استخدامه للمصطلح الحـديث ، وهو اغتصاب المرأة •

ويمضى فى هذا الاتجاه فقهاء المذهب ، فها هو الحطاب يذهب إلى أن جريمة اغتصاب الأنثى ، تتأتى بمواقعتها بالاكراه والنوم • ونص قوله أو مكرهة ، •• ويقال إن عبد الله بن عيسى ، سئل عن جارية بكر زوجها ، فابتنى بها زوجها ، فأتت بولد لأربعة أشهر ، فذكر ذلك لها فقالت : انى كنت نائمة فانتبهت لبلل بين فخذى ، وذكر الزوج أنه وجدها عذراء فأجاب فيها ، أنه لا حد عليها ، إذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال ويفسخ النكاح ، ولها المهر كاملا ••(١) •

ويعنى هذا النص أن جريمة الاغتصاب تتحقق ، بارتكاب جريمة الزنا ، على أن تكون الجريمة قد وقعت بحمل الرجل المرأة على المواقعة بغير رضا منها ، وهو ما ظهر فى حالة الاكراه ، وفى حالة النوم ، وقد اقتصر على ذلك ، ولم يوسع كالامام مالك • والأرجح أن يكون كلامه فى هذا الشأن ، على سبيل المثال لا الحصر ، كما يدل عليه قول مالك •

ومفاد ذلك أن المذهب المالكى ، أكثر شمولا فى بيـان جريمة الاغتصاب ، من المذهب الحنفى ، حيث يكثر من الوسائل التى تقع بها الجريمة ، ويعمق من دلالتها ، فى إضفاء الأهمية على سلوك الرجل ، وعظم دوره فى وجود الجريمة •

---

(١) مواهب الجليل ، جـ ٦ ، ص ٢٩٤ • ويشير الى ذلك ايضا قول ابن فرحون : والزنا محرم بنص القرآن ، ويجب فيه العقوبة والصداق ، ان كانت المراة مكرهة أو غير عالمة . تبصرة الحكام ، جـ ٢ ، ص ٢٥٦ .

المذهب الشافعي :

يبدو من الاطلاع على النصوص الفقهية عند إمام المذهب أن اغتصاب الاناث يتحقق باكراه الرجل المرأة على الزنا وهو الاتصال الجنسي غير المشروع الذي يكون في غير عقد زواج أو ملك يمين بالنسبة للأمة أي المرأة الرقيقة . يبين هذا ما ذهب إليه الامام الشافعي ، فيما رواه الربيع عنه ، قال : أخبرنا الشافعي رحمه الله ، قال في الرجل يستكره المرأة أو الأمة يصيبها ، أن لكل واحدة منهما صداق مثلها ، ولا حد على واحدة منهما ولا عقوبة ، وعلى المستكره حد الرجم ، إن كان ثيبا ، والجلد والنفي إن كان بكرا (١) .

ففي هذا النص بيان على أن الاغتصاب ، يحصل بالاكراه على مواقعة الأنثى ، أما الاغتصاب عند ، صاحب المهذب فيظهر في قوله : ولا يجب على المرأة إذا أكرهت على التمكين من الزنى ، لقوله — صلى الله عليه وسلم — « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . ولأنها مسلوبة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالنائمة (٢) . ويعني ذلك أن الاغتصاب وفقا لما يذهب إليه صاحب المهذب ، أوسع مدى منه عند الامام ، لأنه — أى الاغتصاب — يتأتى بوسيلة من شأنها أن تسلب الأنثى اختيارها ، كما يظهر في تعليه بعدم وجوب الحد عليها ، لأنها مسلوبة الاختيار ، وآية ذلك أنه أدخل النائمة في هذا المعنى ، أى أنه لم يقصر الاغتصاب على الاكراه ، وانما عداه إلى الوسائل السالبة الاختيار التى يسلكها الرجل عند مواقعته للأنثى .

---

(١) الام ، ج ٣ ، ص ٢٣٠ .

(٢) الشيرازى ، المهذب ، ج ٢ ، ص ٢٤٢ .

يؤكد هذا المعنى ما ذهب إليه الخطيب ، أنه لا حد على مكره فى الأظهر لحديث : رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ويقول فى ذلك : أما المرأة فلا يجب عليها الحد قطعا ، قاله فى الوسيط • فى سنن البيهقى أن عمر أتى بامرأة جهدها العطش ، فمرت على راع فاستسقته فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت ، فشاور الناس فى رجمها • فقال على : « هذه مضطرة ، أرى أن يخلى سبيلها ففعل » ••• ثم يقول : ولو زنى مكلف بمجنونة أو نائمة أو مراهقة حد (١) ، ودلالة هذا على أن الاغتصاب لا يكون فقط بالاكراه ، واصح، فانه يشمل وسائل أخرى وهى التى من شأنها أن تسلب ارادة الأنثى الاختيار ، كالاضطرار وهو غير الاكراه ، والجنون والنوم ، وفيها يعجز الانسان عن التعبير عن ارادته لغياب عقله وفقدان شعوره •

الفقه الحنبلى :

يأخذ الفقه الحنبلى بالمفهوم الموسع فى جريمة الاغتصاب فهو لا يقصر الاغتصاب على الاكراه فقط ، وإنما يجعله يشمل النوم والاضطرار ، أي الحالات التي تسلب فيها إرادة الأنثي ، وها هى نصوص المذهب •

يقول صاحب المغنى : ولا حد على مكرهة فى قول عامة أهل العلم • روى ذلك عن عمر والزهرى وقتادة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مخالفا ، وذلك لقول رسول الله — صلى الله عليه وسلم — « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » •

---

(١) الخطيب ، مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ١٤٥ ، ١٤٦ .

وعن عبد الجبار بن وائل عن أبيه : أن امرأة استكرهت على عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — « فدرأ عنها الحد » رواه الأثرم • قال : « وأتى عمر باماء من إماء الامارة ، استكرههن غلمان من غلمان الامارة ، فضرب الغلمان ، ولم يضرب الاماء » •

وروى سعيد باسناده عن طارق بن شهاب ، قال : « أتى عمر بامرأة قد زنت ، فقالت : إنى كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جثم على ، فخلى سبيلها ولم يضربها » ولأن هذا شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات • ولا فرق بين الاكراه بالالجاء ، وهو أن يغلبها على نفسها وبين الاكراه بالتهديد بالقتل ونحوه ، نص عليه أحمد فى راع جاءته امرأة قد عطشت ، فسألته أن يسقيها ، فقال لها : أمكنينى من نفسك ، قال : هذه مضطرة • وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه : أن امرأة استسقت راعيا ، فأبى أن يسقيها ، إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت فرفع ذلك إلى عمر ، فقال لعلى : ما ترى فيها ؟ قال : إنها مضطرة ، فأعطاها عمر شيئا وتركها (١) •

ويؤكد صاحب كشاف القناع ، هذا المعنى فى قوله : وإن أكرهت المرأة على الزنا ، أو أكره المفعول به لواطا قهرا ، أو بالضرب أو بالمنع من طعام أو شراب ، اضطرارا إليه ، كالدفء فى الشتاء ولياليه الباردة ، فلا حد • لقوله — صلى الله عليه وسلم — « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه النسائى • وعن عبد الله ابن وائل عن أبيـــه : « أن امرأة استكرهت على عهــد رســول الله

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٨ ، ص ١٨٦ ، ١٨٧ .

ـ صلى الله عليه وسلم ـ فدرأ عنها الحد » رواه سعيد عن عمر ولأن هذا شبهة ، والحد يدرأ بها (١) .

ومن هذين النصين يتضح اتجاه المذهب ، فى تحديد معنى جريمة الاغتصاب ، وأنها تتأتى فى المقام الأول بالاكراه ، حيث أن الاعتداء فيه على العرض وفقدان الارادة وسلب الاختيار ، قد بلغ حده الأقصى ، وهو فى ذات الوقت لا يغفل الوسائل الأخرى ، وإن كانت أقل درجة فى التأثير على الارادة ، كحالة النوم ، والحالات الاضطرارية أو الضرورة التى تعتبر مرخصة لارتكاب جريمة الاغتصاب .

ويلاحظ أن الاغتصاب فى المذهب يندرج تحته سائر الحالات ، التى تعدم الارادة ، أو تؤثر عليها ، مما يجعلها منتقصة ، وهو ما يشوبها بالعيب الذى يؤثر على ارادة الأنثى فى الرضا بالجريمة أو قبولها .

المذهب الظاهرى :

يعبر ابن حزم الأندلسى عن فقه المذهب عند بيانه لمسائل الاكراه بقوله : فلو امسكت امرأة حتى زنى بها ، أو امسك رجل فأدخل إحليله فى فرج امرأة ، فلا شىء عليه ولا عليها ، سواء انتشر و لم ينتشر ، أمنى أو لم يمن ، أنزلت هى أو لم تنزل ، لأنهما لم يفعلا شيئا أصلا ، والانتشار والامناء فعل الطبيعة ، الذى خلقه الله تعالى فى المرء ، أحب أم كره ، لا اختيار له فى ذلك (١) .

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ ٦ ، ص ٩٧ .
(٢) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٨ ، ص ٣٣١ .

إن اقتصار المذهب الظاهرى على الاكراه ، كوسيلة من الوسائل التى ترفع فيها العقوبة عن المرأة ، دليل على أن الاغتصاب يتحقق بالاكراه ، لكنه لم يجعل الاغتصاب شاملا لوسائل أخرى ، كما هو الشأن فى المذاهب السنية التى عرضنا لها ، إلا أنه من الواضح أن الاكراه الذى يتأتى فيه الاغتصاب ، لا يشترط فيه أن يكون إكراها من شأنه أن يعدم الرضا ، ويسلب الاختيار ، بل يكفى فيه ، أن يجعل الرضا منتفيا ، ففى هذه الحالة ، نكون بصدد جريمة اعتصاب .

مذهب الشيعة الزيدية :

يعتد مذهب الزيدية ، بالاكراه كوسيلة لتحقق جريمة الاغصاب ، ويبدو من مطالعة نصوصه ، أنه يقتصر على الاكراه فى سلب الارادة ، فلا يجعل غيره من الوسائل التى من شأنها ، أن تنفى الرضا ، وتفقد الاختيار . وهذا المذهب شأنه شأن غيره من المذاهب الفقهية ، التى تجعل جريمة الزنا قائمة ، على الرغم من الاكراه ، فالاكراه لا يبيح الزنا ، وانما يقتصر أثره على رفع العقوبة عن المرأة المكرهة .

فأما عن عدم إباحة الزنا مع الاكراه ، فيقرره ابن مفتاح بقوله : ويجوز باكراه ... كل محظور .. الا ثلاثة أشياء ، فانها لا تجوز بالاكراه ، وإن خشى التلف ، وهى الزنا ، وايلام الآدمى وسبه . أما الزنا والايلام ، فذلك اجماع (١) . وظاهر من النص أن الزنا يبقى على أصله ، وهو الحظر ، وأنه لا يباح للاكراه ، ولا ينفى عن المواقعة صفة التجريم .

---

(١) ابن مفتاح ، شرح الازهار ، جـ ٤ ، ص ٣٠٥ ، ٣٠٦ .

وأما بالنسبة لأثر الاكراه على ارتكاب الزنا ، وفعل المواقعة كرها عن المرأة ، فيوضحه ابن مفتاح بقوله : والثانى مما يسقط به الحد ، دعوى الاكراه . أما عن المرأة ، فلا أحفظ فيه خلافا (١) ، أى أن الحد يسقط عن المرأة المكرهة على الزنا مطلقا ، باتفاق الفقهاء.

ومن هنا يتبلور اتجاه المذهب ، فى أخذه بالاتجاه الضيق لماهية جريمة الاغتصاب ، حيث يحصره فى الاكراه فقط .

تعريف جريمة الاغتصاب بين الفقه والقانون :

إن استقراء النصوص الفقهية ، يقطع بحقيقة جريمة اغتصاب الاناث ، وهى انها تتطلب إتيان فعل زائد على جريمة الزنا ، فى جانب الركن المادى لها ، يتمثل فى الوسيلة التى استخدمها الرجل ، عند مواقعته للأنثى ، فجريمة الاغتصاب ، فى المفهوم الشرعى ، هى عبارة عن ارتكاب جريمة الزنا بالمعنى الشرعى (٢) ، مضافا إليه ، حمل المرأة على المواقعة دون رضاها ، أى جبرا عنها .

ولا شك أن الفقهاء ، يذهبون إلى أن الاكراه ، أقوى الوسائل وأكثرها وقوعها ، فى جريمة الاغتصاب ، لعظم تأثيرها على الرضا والقصد ، إلى ارتكاب الجريمة ، وأثرها فى المجنى عليه ، وهو المناط فى رفع العقوبة عن الأنثى ، وتشديد العقوبة على الرجل .

ولا يقف الفقهاء ، عند الاكراه ، فى تحقيق جريمة الاغتصاب ، وإنما يضيفون إلى ذلك وسائل أخرى كالاضطرار والنوم والجنون ،

---

(١) ابن مفتاح ، شرح الازهار ، ج ٤ ، ص ٣٤٨ .

(٢) يعرف الزنا شرعا بأنه : وطء الرجل المرأة ، فى القبل ، فى غير الملك ، وشبهة الملك . المرغينانى ، الهداية ، ج ٢ ، ص ١٠٠ .

وهو ما نص عليه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ، ويقرب منه فقهاء الحنفية ، حيث أن الجريمة تتأتى عندهم بمواقعة الرجل المرأة بغير رضا منها ولا طواعية .

ولعل أضيق المذاهب تحديدا لنطاق الجريمة ، هو المذهب الظاهرى، حيث يقف بالجريمة عند الاكراه ، فحيث وجد الاكراه وجد الاغتصاب، وعندما لا يكون اكراه ، فلا وجود لجريمة الاغتصاب .

وإن تحديد جريمة اغتصاب الاناث ، على هذا النحو ، يغاير ما يذهب إليه شراح القانون ، ذلك لأن جريمة الاغتصاب لا تتأتى فى نظرهم ، إلا عند مواقعة الرجل للأنثى ، كرها عنها ، أو بغير رضا صحيح منها . أما حيث يوجد الرضا أو ينتفى الاكراه ، فلا وجود لجريمة الزنا فى القانون ، ذلك أن القانون يعتد بالحرية الجنسية ، فى غير الحدود ، التى لا ينهى عنها القانون ، كهتك العرض بالرضا لمن بلغ ثمانية عشر عاما ، فهو لا يعاقب عليه فى القانون ، هذا دون اخلال باعتباره فعلا مخالفا للتقاليد الاجتماعية (١) .

ولعل الفرق بين موقف الشارع الاسلامى ، والقانون الوضعى ، يبرز بجلاء ، فى مجال جريمة الاغتصاب ، أن رضاء المرأة رضاء صحيحا بأن يتصل الرجل جنسيا بها ، لا يجعل هناك جريمة ، فى نظر القانون لأن عنصر الاكراه أو عدم الرضا قد انتفى فلا وجود للجريمة ، بينما الأمر على غير ذلك عند الشارع الاسلامى ، فان رضا المرأة بالاتصال

---

(١) د. أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ص ٦٣١ ، ٦٣٢ .

الجنسى بالرجل ، لا يبيح الفعل ، بل يبقى عليه محرما ومؤثما أشد التأثيم ، مادامت المرأة أجنبية عن الرجل ، لا ترتبط معه بعقد زواج صحيح ، ومن ثم لا قيمة لرضا المرأة بالفعل واباحتها له ، إذ تقع هذه المعاشرة تحت طائلة نصوص الشرع الاسلامى ، ونكون ازاء جريمة الزنا (١) ، لأن الفرج لا يباح بالرضا فى الشرع .

وتزداد المفارقة بين نظر الشريعة ، ونظر القانون ، فى أن الشارع قد حرم كل أنواع الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، خارج علاقة الزواج فى نطاق العقد الصحيح ، لذلك فانه حرم الزنا واللواطة والمساحقة والاستمناء ، والمقدمات الموصلة لذلك ، بل واتيان الحيوانات، والموتى ، وبالتالى فان هذه الأفعال تنطوى على جرائم ، يعاقب عليها بالحد أو التعزير فى الشريعة الاسلامية (٢) .

وفى خصوص جريمة الاغتصاب ، نرى أن الفقه الاسلامى ، قد جعل الرجل هو الأصل فى ارتكاب الجريمة ، والمرأة تبع له ، لأن الجريمة لا تتحقق إلا بالاتصال من جانبه ، وبحمله المرأة على هذا الاتصال . لذلك فان وصف الزانى وتبعا وصف المغتصب ، يصدق أول ما يصدق على الرجل ، لأنه الطالب للمرأة فى الغالب الأعم ، وهو الفاعل

---

(١) ومن نافلة القول بتركيز النصوص على تحريم جريمة الزنا ، فى مثل قوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا ، انه كان فاحشه وساء سبيلا » (الاسراء : ٣٢) . وقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون ، الا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم ، فانهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك ، فأولئك هم العادون » (المؤمنون : ٥ ، ٦ ، ٧) .

(٢) الزنا هو الاتيان فى القبل للمرأة الاجنبية . واللواطة : الاتيان فى الدبر . والمساحقة وهى اتيان المرأة المرأة ، والاستمناء : أن يستخدم يده طلبا للانزال .

للاغتصاب ، إذ هو المؤهل للقيام بالاكراه عن المرأة بفعل بنيته وما أودع الله فيه من قوة بدنية ونفسية ، وهو الذى خلق الله له آلة الاتصال أو عضو الذكورة . وهذا الملحظ هو الذى يجعل كفته راجحة ، فى مجال الجريمة ، لأنه الاقوى بفعل هذه العوامل . أما المرأة ، فانهـا تابعة له ، وفعلها تال لفعله ، ودورها سلبى إذا قورن بدوره الايجابى لأن مشاركتها للرجل تقتصر على التمكين ، وعلى حد تعبير الفقه ، فانها هى الموطؤة لا الواطئة ، وهى المزنى بها ، لا الزانى (١) .

وإن التنبه لهذا الملحظ من جانب فقهاء الشريعة ، فيه الالتفات إلى أمر جدير بالاعتبار ، وهو التعامل مع الخطورة الاجرامية للجانى ، بما يتلاءم مع طبيعة الفعل ، وجسامة الخطر المترتب عليه ، وهو مما يعضده الواقع من قديم الزمان ، وحتى العصر الحديث ، الذى استفحلت فيه الجرائم الجنسية ، وخاصة الاغتصاب ، الذى يكشف عن أهمية هذا الملحظ ، الذى أغفله القانون الوضعى ، وجاء خلوا من اعتباره .

ويمكن القول إن القانون الوضـعى يتفق مع ما قال به الفقـه الاسلامى ، من اعتبـار الاكراه من أفعل الوسـائل التى يقع بها الاغتصاب ، وهو ما يدل على التركيز عليه ، كعنصر أساسى وركن فى الجريمة ، ويركز غالبية الفقه الاسلامى ، على انتفاء الرضا فى تحقق الاغتصاب .

---

(١) هذا القول يجب الا يؤخذ به على اطلاقه ، فهو صحيح فى مجال جريمة الاغتصـاب ، نظرا لدور الرجل فيها . أما فى جريمة الزنا وهى محل جريمة الاغتصاب ، فان فعل الزنا يتصور من الرجل ويتصور من المرأة ، حسب طبيعة كل منهما ، وقد سـماها الله تعالى زانيـة ، فى قوله : « الزانية والزانى » .

وفى هذه النقطة ، تلمح تطور الفقه الاسلامى ، فهو إذ يعول على الاكراه كوسيلة يتحقق بها الاغتصاب ، إلا أنه تخطى هذه الوسيلة كما يظهر من نصوصه ، التى أفردت للاكراه النصوص ، لرفع العقوبة، وعدم التحميل بالمسئولية عن ارتكاب الجريمة • فهو لم يقف عند هذه المرحلة وإنما تعداها إلى مرحلة أخرى ، تتفق فى أثرها مع الاكراه ، من حيث انعدام الرضا ، ومن ثم ارتكاب الجريمة ، وهو ما يدل عليه الاعتداد بالنوم والاضطرار والجنون ، كمانع من موانع العقوبة ورفعها عن المرأة •

وإن دلالة هذا التطور فى المذهب الشافعى على وجه أخص حيث إن الشافعى يعتبر الاكراه هو وسيلة الاغتصاب ، ثم قام فقهاء المذهب بالاضافة إليه ، فيما نصوا عليه من وسائل يتحقق بها الاغتصاب وهو أمر له دلالته ، فى معالجة أثر الظواهر ذات الخطورة الاجتماعية • وهذا التطور موجود فى بعض المذاهب الأخرى ، الا أنه ليس واضحا كما هو الحال فى المذهب الشافعى •

الفصل الثالث

أركان جريمة الاغتصــاب

تمهيـــد :

لما كانت جريمة اغتصاب الاناث ، فى المعنى القانونى ، هى معاشرة الرجل الأنثى معاشرة جنسية كاملة ، من غير رضاها • فإن هذه الجريمة طبقا للنظر الشرعى ، تتمثل فى جريمة الزنا ، بغير رضا المرأة رضاء صحيحا ، أو بعبارة أكثر شيوعا : إكراه المرأة على ارتكاب الزنا •

وننبه فى هذا الموضع ، على أن للشريعة الاسلامية موقفا حاسما بشأن الزنا ، يختلف عن موقف القوانين الوضــعية • فهى — أى الشريعة — تجرم كل اتصال جنسى بين رجل وامرأة ، لا يربطهما عقد زواج ، بينما القوانين الوضعية تذهب إلى أن الزنا هو الاتصــال الجنسى من أحد الزوجين فقط • فاذا كان أحد الطرفين زوجا ، ففى هذه الحالة ، يعاقب على الفعل صيانة لحرمة الزوجية •

وأساس التباين بين موقف الشريعة والقانون ، بالنسبة لهذه الجريمة ، مرجعه إلى طبيعة الحق الذى يحميه التشريع فى كل منهما ، والنظرة إلى المصلحة المنتهكة من جراء هذا الفعل • ذلك أن حمــاية الأعراض وصيانة الأنساب ، مقصد كلى من مقاصد الشريعة ، ومن ثم كان الزنا حقا من حقوق الله تعالى ، وهذا هو السبب فى إدراجه ضمن جرائم الحدود ، التى هى حق الله تعالى ، والتى لا يجوز التفريط فيها ، أو التهاون ، فى إقامة الحد على مرتكبها ، وليس الأمر كذلك فى القوانين

الوضعية ، لأن البشر هم واضعوا هذه القوانين ، فهى — من ثم — منفصلة عن حق الله شكلا ومضمونا ٠

وفيما يتعلق بالمصلحة المحمية ، عن طريق هذا التجريم ، فانه جد مختلف بين التشريع الاسلامى ، والقوانين الوضعية ٠ فعلى حين ترى الشريعة الاسلامية أن الزنا ماس بكيان الجماعة وسلامتها ، وأنه ينطوى على تقويض لبنيان الاسرة من الاساس ، وهى النواة الاولى للجماعة ٠ بالاضافة إلى ما يترتب على الزنا من إشاعة للفاحشة ، وانهيار الأساس المعنوى والأخلاقى للمجتمع ، ومن ثم تداعى بنيانه ، وسريان السقم فى أوصاله ، وهو ما يتعارض مع فكرة الجسد الواحد المتماسك الذى تمثله الأمة ، وهو ما يؤدى إلى ضعفها وانحلالها ٠ أما الزنا فى القوانين الوضعية ، فهو من الأمور الشخصية التى تمس علاقات الافراد ، ولا تمس صوالح الجماعة ، فلا معنى للعقوبة عليه مادام عن تراض ، إلا إذا كان أحد الطرفين زوجا ، ففى هذه الحالة يعاقب على الفعل ، صيانة لحرمة الزوجية (١) فقط ، لاخلال أحد الزوجين بالواجبات التى يفرضها عليه عقد الزواج ٠

وما دمنا قد بينا هذه الحقيقة ، فى موقف كل من التشريعين ، فاننا نريد أن نستظهر ماهية أركان جريمة الاغتصاب ، وهو ما يكون ببيان الأفعال التى تتكون منها الجريمة فى قانون العقوبات ، والفقه الاسلامى ، وهو الركن المدى ، حسبما اصطلح عليه فى القانون ، ثم نتناول الركن المعنوى ، وهو القصد الجنائى ٠

---

(١) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الاسلامى ، ج ٢ ، ص ٣٤٧ .

حقيقة أركان الاغتصاب

لا تقوم جريمة الاغتصــاب ، إلا بوجود أركان معينة ، تعتبر العناصر المكونة للجريمة ، أفصحت عنهــا المادة ١/٢٦٧ من قانون العقوبات : من واقع أنثى بغير رضاها ، يعاقب عليها بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة • ومؤدى ذلك أن أركان الاغتصاب هى :

ركن مادى : يتكون من فعل الوقاع ، مصحوبا بعدم الرضا من جانب الأنثى •

ركن معنوى : ويكون بتوفر القصد الجنائى •

المبحث الأول

الركن المادى القانونى

يتحلل هذا الركن إلى عنصرين ، العنصر الأول : يتأتى بفعل الوقاع أو المعاشرة الجنسية • والعنصر الثانى : أن يتم هذا الوقاع أو المعاشرة الجنسية بغير رضا المرأة ، ودون إرادتها •

مضمون عنصر الوقاع أو المعاشرة الجنسية :

يجب لتحقيق هذا العنصر أن يحدث اتصال جنسى بين الجــانى وهو الرجل والمجنى عليها وهى المرأة • ويعنى تأثيم هــذا الفعل الناتج من جناية الرجل على المرأة ، أن تكون المعاشرة الجنسية ، لم تكتسب الصفة الشرعية ، وإلا كان القول بأن الرجل هو الجانى ، والمرأة هى المجنى عليها ، يعد ضربا من اللغو •

وإن بيان هذا العنصر ، يقتضى التعرف على مشتملاته ، وهى :

(أ) الوقاع أو المعاشرة الجنسية :

هي مباشرة الرجل للمرأة ، بواسطة الاتصال بين عضو الذكورة والأنوثة ، بشكل تام وطبيعي •

ومفاد ذلك أن يتم الاتصال فى الموضع المخصص للجماع ، وهو الفرج ، وأن يكون بحيث يصدق عليه وصف الجماع ، وعلى حد تعبير الفقه الشرعي وضع الذكر فى الفرج كالقلم فى المكحلة والرشـاء فى البئر ، وهو فى المعنى القانونى ، الاتصال الجنسى الكامل والطبيعى بين الرجل والمرأة •

وإذا كان المقصود بتحديد الوقاع أو المعاشرة ، هذا المعنى ، فانه يخرج عنه ، كل فعل لا يصدق عليه هذا المعني ، لأنه لا يرقى إلا الاتصال الجنسى الكامل والمألوف • ومن ذلك المقدمات التى تنطوى عليها عملية المعاشرة الجنسية ، كما لو قام بتعرية المرأة أو امتهن عورتها أو مس فرجها ولو بعضو الذكورة رغما عنها • وكذلك لو عبث بفرج المرأة عن طريق إدخال أصبعه فيه ، أو استخدم مادة أخرى كعود من الحطب ، ولو ترتب على ذلك فض غشاء بكارتها •

وتقييد الاتصال الجنسى بأن يكون على النحو المألوف أو الطبيعى، يقتضى أن تتم المعاشرة فى الفرج أو العضو التناسلى للمرأة ، ومفهومه أن ايلاج الرجل عضوه التناسلى ، فى دبر المرأة ، من الخلف كرها عنها ، لا تقوم به جريمة الاغتصاب ، لأنه ليس اتصالا جنسياً مألوفا أو طبيعيا ، دون اخلال باسباغ وصف آخر على الجريمة ، وهو هتك العرض ، واستحقاق الجانى للعقوبة المقررة لها قانونا •

وإنما اعتبر فعل المواقعة فى الموضع المألوف ، معاشرة جنسية ، لحدوث اتصال بين عضو الذكورة والأنوثة فيها ، الأمر الذى يترتب عليه ، عدم قيام جريمة الاغتصاب ، بتلقيح امرأة صناعيا ضد إرادتها ، ولو أفضى إلى حملها ، إذ لا يصدق على هذا الفعل أنه اتصال جنسى[1].

على أن المعاشرة الجنسية التى تنطوى على اغتصاب ، يكتفى فيها بإيلاج عضو الذكورة فى رحم المرأة ، دون اشتراط أمر آخر ، فسواء كان إيلاج العضو كاملا أو ناقصا ، وسواء حدث فيه إنزال أم لم يحدث ، فنحن إزاء جريمة اغتصاب ، لأن ماهية المعاشرة الجنسية تحققت باتيان الأفعال المكونة لها ، والتى تتمثل فى التقاء العضوين التناسليين للرجل والمرأة كالقلم فى المكحلة ، وما زاد عن ذلك فليس من ماهيته .

(ب) أن تحدث المعاشرة بين ذكر وأنثى :

فلابد لقيام الاغتصاب اختلاف الجنس بين أطراف المعاشرة ، ويتأتى ذلك بأن يكون أحدهما ذكرا والآخر أنثى ، وأن يكون الجانى هو الذكر ، والمجنى عليها هى الانثى ، لأن مرتكب هذه الجريمة ، يجب أن يكون رجلا ، إذ هو الذى يتفق مع حقيقة الجريمة ، ومع المسميات الموضوعة لهذا النوع من الجرائم .

ويترتب على ذلك أن الاتصال الجنسى ، الذى يتم بين طرفين من جنس واحد ، كرجل مع رجل ، أو امرأة مع امرأة ، لا تنشأ به جريمة الاغتصاب . ذلك أن هذا الاتصال له مسمى آخر ، فاتصال الرجل

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٣٤١ .

بالرجل يكون لواطا ، واتصال المرأة بالمرأة يسمى سحاقا ، فلا يندرج ذلك فى جريمة الاغتصاب .

واشتراط اختلاف الجنس ، لوقوع جريمة الاغتصاب ، يفترض أن الفاعل الأصلى فيها لابد أن يكون رجلا ، مع ملاحظة أن المرأة قد تكون شريكة فى هذه الجريمة ، كما إذا حرضت الجانى أو اتفقت معه أو ساعدته على مواقعة أنثى بغير رضاها (١) . إذ أن هذا الدور أقصى ما تستطيعه المرأة ، بالنسبة لهذه الجريمة .

ولكى يتحقق الاتصال الجنسى رغما عن المرأة ، وهو ما يتحقق به الاغتصاب ، ينبغى أن يكون طرفا الاتصال مؤهلين لهذا الاتصال ، بأن يكون كل منهما صالحا للعملية الجنسية ، ويتأتى ذلك بالنسبة للرجل بأن يكون قادرا على إتيان المرأة ، فاذا كان صغير السن أو مريضا ، على نحو لا يمكنه من الاتصال الجنسى ، فلا قيام لهذه الجريمة . كما يتأتى ذلك بالنسبة للمرأة ، بأن تكون مريضة أو مصابة بعيب من العيوب الجنسية ، الذى يحول بين الرجل والاتصال الجنسى بها ، فلا وجود للجريمة ، لعدم القدرة لدى الرجل ، وعدم صلاحية المحل وهو الفرج لدى المرأة .

ونظرا لأن المشرع ، ابتغى من وراء تجريم الاغتصاب ، حماية الحرية الجنسية لدى المرأة ، فان المناط فى العقاب عن هذه الجريمة ، يكون فى ذلك السلوك الذى ينطوى على الاخلال بهذه الحرية ، وهو ما يتحقق بالنسبة لمن تملك إرادة تعبر عنها ، وهذا شأن المرأة التى

---

(١) د. أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٦٣٤ .

على قيد الحيـــاة ، فالمعاشرة الجنســـية لأنثى متوفاة ، لا تقوم به الجريمة ، لفقدانها الحرية الجنسية موضع الحماية •

ولذات الاعتبار وهو صيانة الحرية الجنسية ، يجرم الاتصـــال الجنسى الذى يحمل فيه الرجل المرأة على المواقعة ، بغض النظر عن الأوصاف والأحوال التى تكون عليها المرأة ، فمن أرغم امرأة سيئة السمعة على الوقاع ، قامت الجريمة ، ومن أكره بكرا أو متزوجة على الاتصال الجنسى ، فالجريمة اغتصاب • ومثل ذلك من اعتدى على صغيره يجامع مثلها ، أو عجوزا لا تشتهى ، أو عشيقة له ، مادام ذلك قد وقع دون أرادتها •

(جـ) ألا يكون الوقاع فى نطاق الشرعية :

تعد المعاشرة الجنسية مجرمة إذا وقعت بمنأى عن الشرعية أو انتهاكا لها • ويكون الأمر كذلك متى تم الاتصال بين الرجل والمرأة غير المرتبطين بعقد الزواج ، فهذا هو المراد بالشرعية هنا •

والعبرة بالزواج الذي يبيح الاتصال الجنسى بين طرفيه ، هو الزواج الصحيح ، وهو الذى توافرت فيه الأركان وشروط الانعقاد والصحة [1] • أما الزواج الباطل ، والزواج الفاسد ، فلا يحل المعاشرة الجنسية بين طرفيه ، مما يقود إلى القول ، بأن إرغام الرجل المرأة على الاتصال به يشكل جريمة اغتصاب •

---

(١) أركان عقد الزواج ، هى الإيجاب والقبول . وشروط الانعقاد هى الشروط التى يجب توافرها فى العاقدين والمعقود عليه والصيغة . وشروط الصحة تتعلق بالاشهاد على العقد ، وعدم التأقيت فيه .

الزواج الباطل : هو الذى فقد شرطا من شروط الانعقاد فيه .

الزواج الفاسد : هو الذى فقد شروطا من شروط الصحة فيه .

إن القول بصحة عقد الزواج بين الرجل والمرأة ، ينفى قيام الجريمة ، فاكراه الرجل زوجته على المعاشرة الجنسية ، ومصادرة حريتها الجنسية لا يضفى على صنيعه وصف التأثيم ، لأن عقد الزواج يخول الرجل حق معاشرة زوجية برضاها أو رغما عنها .

ويبقى هذا الحل بين الزوجين ، ببقاء العقد قائماً ، يستوى فى ذلك أن تكون الرابطة الزوجية قائمة حقيقة ، ببقاء العقد صحيحا ، وعدم فك العقد بالطلاق أو التطليق بواسطة القاضى ، فى الحالات المنصوص عليها(١) . أو ببقاء العقد حكما ، كما هو الشأن فى الطلاق الرجعى ، الذى لا يزيل الرابطة الزوجية ، وانما تظل قائمة طوال فترة العدة . فاذا أكره الرجل المرأة على الاتصال الجنسى أثناء العدة ، فليس عليه من بأس ، ولا يعد فعله اغتصابا ، إذ المرأة ما تزال زوجته.

أما إذا انتهت العدة ، واتصل بالمرأة رغما عنها ، فان هذا يعد اغتصابا وكذلك الشأن إذا اتصل بها ، بعد أن طلقها طلاقا بائنا ، سواء كان بائنا بينونة صغرى أو بينونة كبرى . كم اتقوم الجريمة حالة اخفاء الرجل الطلاق عن زوجته ، وكان الطلاق بائنا ، أو رجعيا انتهت العدة فيه ، وقام الرجل بمعاشرة المرأة ، لعدم وجود مصدر الحل وهو العقد لانفكاك الرابطة الزوجية ، ولأنه غرر بها ، وأخفى عنها ما يجب أن تعلمه ، فهذا فى حد ذاته يجعل رضاءها معيبا ، وتضحى

---

(١) هذه الحالات ، كما نصت عليها قوانين الاحوال الشخصية ، هى التفريق لعدم الانفاق ، والتفريق للعيب ، والتفريق لغياب الزوج أو حبسه ، والتفريق للايذاء وسوء العشرة ، والتفريق لاقتران الزوج بزوجة أخرى .

انظر للمؤلف نظرات فى نظام الاسرة الاسلامية ، ص ٣٢٣ وما بعدها.

المعاشرة دون إرادتها ، فيجب أن يعامل بنقيض مقصوده ، زجرا له وردعا ، وهو ما يسبغ على عمله وصف الاغتصاب .

ولا محل للقول بقيام جريمة الاغتصاب ، من جانب الرجل على زوجته التى يربط بينهما عقد صحيح ، فيما لو حمل الرجل زوجته على الاتصال الجنسى به رغما عنه ، حالة وجود عذر شرعى كالحيض أو النفاس أو صوم رمضان ، أو لوجود مانع طبيعى كالمرض الذى لا تستطيع فيه الجماع فان معاشرة الرجل زوجته فى هذه الحالات ، مرهون بزوال هذه الأعذار والأسباب المانعة ، والحظر فيها مؤقت ، إلا أنه لا ينفى أصل الحل الثابت بمقتضى العقد ، إذ لا ينقلب الحلال حراما ، ونجعل مرتكب الوقاع مرتكبا لجريمة ، من أشنع الجرائم فى العقل والشرع ، وهى جريمة الاغتصاب ، فى ظل عقد صحيح يربط بين الرجل والمرأة .

ألا ترى أن الله تعالى ، قال لرسوله — صلى الله عليه وسلم — « يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك ، تبتغى مرضاة أزواجك .. » (التحريم : ١) فالعقد الصحيح ، لا ينقلب الحل فيه إلى حرام لمؤثر وقتى عارض ، حتى لو كانت النصوص تنهى عن قربان المرأة ، عند وجود هذه الأعذار والأسباب [١] لأن مناط التحريم شرعا ، وهو

---

(١) يقول تعالى عن الحيض : « ويسألونك عن المحيض ، قل هو أذى ، فاعتزلوا النساء فى المحيض ، ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فاذا تطهرن ، فأتوهن من حيث أمركم الله ، ان الله يحب التوابين ، ويحب المتطهرين » (البقرة : ٢٢٢) . ويقول تعالى فى حق الزوجات : « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » (الطلاق : ٦) . وقوله عز وجل : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » (البقرة : ٢٣٠) فان هذه النصوص =

السند التشريعى هنا أن تكون المرأة أجنبية عن الرجل ، ولم يقل أحد من الفقهاء بذلك .

ولا يخل هذا القول بأن فعل الرجل مع وجود هذه الأعذار ، يشكل جريمة تعزيرية شرعا ، يعاقب بما يراه القاضى ردعا لأمثاله عن ارتكابها مرة أخرى ، ومن ثم فلا تعتبر هذه الجريمة اغتصابا ، الا أن بعض رجال القانون ، ذهب إلى ما يخالف ذلك ، أى إلى القول بأنها جريمة اغتصاب ، حيث اعتبر الزوج المريض بأحد الأمراض السرية المعدية ، لا يجوز له معاشرة زوجته فى هذه الحالة ، وإن واقعها رغم إرادتها يعد فعله اغتصابا (١) .

ويرى البعض الآخر ، أنه إذا كانت الصلة الجنسية ، فى نطاق الزواج الصحيح ، فلا يمكن أن يقال عنها ، إنها فى ذاتها غير مشروعة ، وإنما قد بوشرت على غير النحو الذى يريده الشارع ، فتقتصر مساءلة الزوج على الكيفية المنحرفة لهذه المباشرة ، فيسأل عن الضرر الصحى أو الموت مسئولية عمدية ، ان توافر لديه القصد الجنائى ، ولو فى صورته الاحتمالية ، كما إذا توقع النتيجة السابقة فقبلها ، أو مسئولية غير عمدية ، إن توافر لديه الخطأ فحسب (٢) ، وهذا القول يتسق مع قواعد المسئولية فى قانون العقوبات المصرى ، ولا يختلف فى الأساس الذى بنى عليه ، مع قواعد التعزير التى نص عليها

بعمومها تنهى عن الاضرار بالمرأة ، أيا كان نوع الضرر ، ولا شك أن الضرر الذى تشير اليه النصوص هو الحرى بالبعد عنه وعدم الوقوع فيه . وكذلك قول الرسول — صلى الله عليه وسلم — « لا ضرر ولا ضرار » .

(١) د. أحمد فتحى سرور ، مرجع سابق ، ص ٦٣٥ .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٣٤٤ .

الفقهاء المسلمون ، لأن العقـاب فى الجرائم التعزيرية ، والمعاشرة الجنسية بين الزوج وزوجته ــ بما يترتب عليه ضرر للزوجة ، أو بالمخالفة للنصوص ــ من بين هذه الجرائم التعزيرية ، التي لم تضع الشريعة لها عقوبة محددة ، وإنما يتأسس العقاب فيها على معايير شخصية ، تتعلق بشخص المجرم ، ومعايير موضوعية تتعلق بالجريمة بحسب ما إذا كانت جسيمة أو يسيرة ، ومما لا شك فيه أن العمد يختلف عن الخطأ عند ارتكاب الجريمة ، لتوفر القصد إلى ارتكابها من عدمه ، مما يحتم اختلاف العقوبة فى العمد عن الخطأ ، وهو المبدأ الذى تأخذ به سائر التشريعات والأنظمة القانونية .

عدم الرضا بالمعاشرة الجنسية

هذا العنصر من عناصر جريمة الاغتصاب ، مكون أساسى لا تقوم الجريمة بدونه ، لأن الاغتصاب لا ينطبق عليه هذا الوصف ، إلا برفض المرأة الاتصال الجنسي بالرجل ، إذ أن قبول المرأة لهذا الاتصال يعنى خلع وصف الاغتصاب عن الفعل ، ولهذا حرص المشرع على النص الصريح على هذا العنصر بقوله : من واقع أنثى بغير رضاها .

وإن دلالة عدم رضا الأنثى بالوقاع أو المعاشرة الجنسية ، هى من قبيل الدلالات العـامة ، التى لا تتضمن وسـيلة بعينها ، فهى لا تخص الاكراه فحسب ، وإنما تشمل وسائل أخرى ، من شأنها نفى رضا المرأة مثل المباغتة ، أو الاغماء ، أو الخديعة ، وما يماثلها ، وعليه فان التعبير بالاكراه عن هذا العنصر ، لا يعدو أن يكون تعبيرا ، عن أظهر هذه الوسائل ، وأكثرها شيوعا ، وأقواها فى الدلالة ، على قيام الجريمة محل البحث .

وتوصلا إلى هذا المعنى الشامل لعدم الرضا ، فيمكن القول بأنه : عدم اتجاه إرادة المرأة ، إلى قبول الاتصال الجنسى بها ، إذ يصدق عليه حينئذ وصف الاغتصاب • ويتحقق ذلك بكل ما من شأنه أن يعدم إرادة المقاومة من جانب المرأة ، كالاكراه ، والقبول المعيب ، والمباغتة والخديعة (١) •

ومن هذا التحديد نعلم أن عدم الرضا ، يتحقق بالوسائل التى من شأنها أن تصادر إرادة المرأة وحريتها ، فى قبول الاتصال الجنسى ، وهذا يتحقق بالاكراه ، وما فى حكمه من الوسائل الأخرى كفقدان الشعور بسبب النوم أو الاغماء أو السكر ، أو التنويم المغناطيسى أو المباغتة أو الخديعة ، وهى الوسائل التى يستظهر منها عدم قبول المرأة للمعاشرة الجنسية ، وهى أعم من الوسائل المذكورة •

على أنه للقول بقيام الجريمة بالاكراه ، وما فى حكمه من هـذه الوسائل يجب أن تتوفر علاقة السببية بين سلوك الجانى ، وهـو الاكراه وما فى حكمه ، وبين الاتصال الجنسى ، فان لم تتوفر علاقة السببية بينهما ، فلا محل لمساءلة الجانى •

ونتعرف فيما يلى على الاكراه وأنواعه :

الاكراه : يتحقق بأن يلجأ الجانى إلى استخدام القهر والاجبار ، لارغام المجنى عليها على قبول الاتصال الجنسى به • فهو يتميز عن الوسائل الأخرى المستخدمة فى الاغتصاب ، بأن الجانى يستخدم فيه وسيلة الجبر والقهر ، لاعدام حرية المجنى عليها فى الاختيار ، توصلا

---

(١) د. حسنين عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، ص ١٦٧ .

إلى معاشرتها جنسيا . وهذه الوسيلة تختلف من حيث نوع الاكراه . إذ أن الاكراه يتنوع إلى إكراه مادى واكراه معنوى .

أما الاكراه المادى : هو ذلك الاكراه الذى يستخدم فيه الجانى أساليب العنف والقوة على بدن المرأة ، فيحملها ذلك على الخضوع لارادته والاستسلام لرغبته . وإن تأثير الاكراه المادى يبلغ مداه ، لأنه يمس المرأة بشكل مباشر ، إذ أنه ينصب على بدنها ، ويشل إرادتها ، ويعجزها عن المقاومة ، وموطن الخطورة فيه ، أنه لا يعطى للمرأة فرصة للتروى أو التفكير ، والموازنة بين الاعتبارات المختلفة ، على نحو ما يوجد فى الاكراه المعنوى ، إذ أن التعامل فيه بين الرجل والمرأة، هى من نوع التعــامل بين الوحش الكاسر وفريســته ، الأمر الذى لا يجعل أمام الفريسة من خيار آخر سوى الاذعان والاستسلام .

ولا يشترط فى الاكراه المادى ، الذى يعتمد على العنف ، أن يترك أثرا معينا ، فهو وإن كان الأصل فيه ، أن يتوسل الجانى بالقوة المادية كالضرب أو الجرح ، أو التوثيق مثلا أو غيرها ، إلا أن المقصود منه ، عجز المجنى عليه وهو المرأة عن المقاومة ، ومن ثم الخضوع والاذعان له .

فالاكراه المادى ، كوسيلة ، لاعدام رضا المرأة وقبولها الاتصال الجنسى ، تتأتى المعاشرة فيه ، كأثر للقوة والعنف المستخدم ضدها ، ولا يمكن لقيام الاغتصاب أن ينفصل الاكراه عن مصادرة حرية المرأة ، وقبولها الاتصال الجنسى به ، وهذا يفرض أن يكون العنف أو القوة فى مواجهة المرأة ، وهو المعنى بالقول بأن ينصب الاكراه على جسم المرأة . فحصول الاكراه فى غير مواجهة المرأة ، وإن كان له أثره فى

التأثير على إرادتها ، لا يقوم به الاكراه المادى ، ومن ثم لا تنشأ مع أمثال هذه الحالات جريمة الاغتصاب المؤسسة على الاكراه المادى.

ومن وجه آخر ، فان الاكراه المادى ، عن طريق العنف أو القوة أو غيرها ، ينبغى أن يحدث أثره ، فى إعدام رضا المرأة ، ومصادرة حريتها ، ولا يتأتى ذلك إلا بأن يكون على درجة كافية من الخطورة ، بحيث يلقى فى روع المرأة ، ألا طاقة لهـا بمدافعته أو مواجهته ، فتستكين وتستسلم لهجومه المندفع ، وتنهار مقاومتها .

والمعيار الذى يحتكم له ، فى الاكراه المادى ، الذى لا يجعل للمرأة خيارا غير الاستسلام وتمكين الرجل من مواقعتها ، هو معيار شخصى، وليس معيارا موضوعيا ، فالمعول عليه ، هو شخص المجنى عليها ، ودرجة احتمالها ، والظروف والملابسات الخاصة بها ، فما يناسـب امرأة معينة ، ، قد لا يناسب أخرى ، وما ينطبق على هذه ، لا ينطبق على تلك ، لاختلاف كل منهما ، من حيث القدرة على المقاومة من عدمه ، ومن حيث قوة البنية ، والقدرة على التحمل ، والظروف الشخصية لكل منهما .

ومع كل ذلك ، فيمكن القول بتحقق الاكراه المادى ، متى رتب أثره فى إعدام رضا المرأة ومصادرة حريتها الجنسية ، وإن لم ينطو على جرح ، أو علامات ظاهرة على بدن المرأة ، لأن المطلوب هو تحرى أثر الاكراه على إرادة المرأة ، بواسطة العنف ، دون اشتراط أمر آخر . ويعنى ذلك أن على القاضى أن يستظهر أثر الاكراه المادى، على إرادة المرأة ، للقول بقيام جريمة الاغتصاب من عدمه .

أما الاكراه المعنوى : فهو ذلك النوع من الاكراه ، الذى يلوح فيه الجانى ، بايذاء المجنى عليها أو بشخص وثيق الصلة بها ، أو تهديدها فى مالها أو سمعتها ، على نحو يضطرها إلى قبول الاتصال الجنسى به .

فالاكراه المعنوى أوسع فى مدلوله من الاكراه المادى ، لأنه لا يقف عند حد إنزال العقاب بشخص المجنى عليها ، بل يمتد ليشمل أشياء أخرى هى موضع اهتمام المرأة ، مثل سمعتها أو مالها أو ذوى الصلة بها ، فهذه الاشياء إما ضرورية لحياة الانسان كالمال ، وإما وثيقة الصلة بشرفه واعتباره لا تنفك عنه ، مثل الحفاظ على السمعة ، من أن تلوكها الألسنة بالتجريح والتشهير . يضاف إلى ذلك أن الاكراه المعنوى ، قد ينطوى على إلحاق الايذاء بأشخاص من ذوى قرابة المجنى عليها ، أو ممن تربطها بهم صلة وثيقة ، يجعلها تفزع من التهديد به ، بما يحملها على الرضا بالمعاشرة الجنسية ، حفاظا على نفسها أو مالها أو سمعتها ، أو حماية لذويها وأقاربها من الايذاء والضرر .

والاكراه المعنوى بهذا المفهوم ، له أثره الذى لا يمكن إنكاره على إرادة المرأة ، وهو أثر خطير بلا شك ، إلا أنه يختلف من شخص إلى آخر ، فليس هناك معيار موضوعى ، يطبق على كل المجنى عليهن ، لأنه كسابقه ، يتوقف على شخصية المرأة ، وظروفها الخاصة ، ومدى احتمالها ، ومن ثم فان قاضى الموضوع ، يتحرى أثره على إرادة المرأة للقول بقيام جريمة الاغتصاب وفقا له .

على أنه للقول بقيام جريمة الاغتصاب ، تأسيسا على الاكراه المعنوى ، فانه يتعين أن يكون التهديد والوعيد قد بلغ قــدرا من الجسامة ، وأن يكون حالا ، لبحدث أثره فى المجنى عليها ، ويحملها على تمكين الرجل من معاشرتها جنسيا ، وهذا يفترض أن الجانى ألقى فى روع المرأة أنها إذا لم تمكنه من نفسها للاتصال الجنسى بها ، فانه سينفذ لا محالة ما أوعدها به ، وسينزل العقاب على شخصها أو مالها أو بسمعتها ، أو على ذويها من أقاربها وثيقى الصلة بها ، الأمر الذى يعدم إرادتها فتقبل المعاشرة الجنسية معه .

ولا يشترط فى الاكراه المعنوى ، وهو الحال فى الاكراه المادى ، أن يظل قائما طيلة ارتكاب الجريمة ، بل يكفى أن يكون الباب الموصل إلى ارتكابها ، لأنه يكون بذلك قــد رتب أثره فى احــداث النتيجة المطلوبة منه ، وهو فعل الوقاع أو المعاشرة الجنسية رغما عن المرأة وعلى كره منها ، وهو ما أيدته محكمة النقض (١) .

ولا شك أن الاكراه المعنوى تتعدد فيه الوسائل ، وفى بعضها يعظم أثره ، وتشتد وطأته ، بسبب تفويته لمصلحة جوهرية تخص المرأة أو تحرص عليها ، وتبذل الغالى والنفيس من أجل حمايتها وعدم المساس بها ، الأمر الذى يجعل المرأة تفرط فى حريتها الجنسية ، وتقبل

---

(١) وهذا ما عنته المحكمة بقولها : ليس من الضرورى ، لتكوين جريمة وقاع أنثى بغير رضاها ، أن يكون الاكراه مستمرا وقت الفعــل ، بل يكفى ان يكون المتهم قد استعمل الاكراه سواء كان ماديا أو معنويا ، وبطريقة كافية للتغلب على مقاومة المجنى عليها ، فاذا فقدت الانثى قواها ، واصبحت لا تستطيع المقاومة ، فالاركان القانونيــة للجريمــة متوفرة ، نقض ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ ، المحاماة ، س ٥ ، رقم ٦٠٨ ، ص ٧٣٦ .

الاتصال الجنسي بالرجل الذي يريد اغتصابها ، نتيجة الاكراه بوسيلة من هذه الوسائل ، وليس شرطا في الوسيلة المستخدمة في الاكراه المعنوي ، أن تكون مشروعة ، فاذا كان الاكراه المعنوي ينطوي في الغالب الأعم على التهديد بفعل اجرامي ، فقد تنتفي عنه هذه الصفة ، بأن يكون أمرا مشروعا ، كتهديد امرأة بالابلاغ عن جريمة ارتكبتها فعلا ، إن لم تقبل الصلة . أو تهديدها بالسعي لدى زوجها لتطليقها ، أو مساعدته في الزواج من امرأة ثانية ، ان لم ترض بالصلة ، وكما يقول الدكتور : نجيب حسني : فان الشارع يريد أن يشمل العقاب جميع الحالات التي لا تكون المرأة قد اتجهت إرادتها فيها ، اتجاها صحيحا ، إلى قبول الصلة الجنسية . وتطبيقا لذلك ، كان التهديد الظاهري — أي الذي لا يقصد الجاني فيه ، تنفيذ الأمر المهدد به — كافيا طالما اعتقدت المجني عليها جديته ، فاستسلمت تحت تأثير هذا الاعتقاد ، فالعبرة — في تحديد هذا العنصر — بنفسيتها لا بنفسيته . ويجوز أن يتخذ الاكراه المعنوي ، صورة التهديد بالامتناع ، عن درء خطر يلتزم الجاني قانونا بدرئه [١] ، متى كان من شأن هذا التهديد ، أن يحدث أثره في المجني عليها ، فتسلم للجاني بما يريد من المعاشرة الجنسية .

ولا صعوبة في ايراد حالات للتهديد بفعل اجرامي ، فالأمثلة عليه كثيرة ، منها أن يهددها بقتل ولدها ، أو زوجها ، أو وضع السم لمواشيها ، أو اتلاف زراعتها ، أو نهب تجارتها أو ممتلكاتها ، أو قتلها أو اختطافها أو التهديد بافشاء سرها الدفين ، أو غير ذلك .

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق صفحة ٣٥٣ .

المبحث الثاني

الركن المادى الشرعي

يتحدد نطاق الركن المادى لجريمة الاغتصاب ، فى الفقه الاسلامى فى بيان ماهية الأفعال المكونة لجريمة الزنا ، فضلا عن عنصر عــدم الرضا أو الاكراه ، الذى يميز جريمة الاغتصاب ، والذى يفردها بمصطلح خاص عن جريمة الزنا أو عن غيرها من الجرائم الجنسية بوجه عام .

ولكى نتعرف على ماهية الركن المادى للاغتصــاب فى الفقــه الاسلامى ، يتعين أن نعرض للزنا فى المذاهب الفقهية .

الفقــه الحنفى :

يتبين موقف الفقه الحنفى ، فى تحديد الركن المادي من خــلال استعراض نصوصه ، وفى بيان ماهية الزنا يقول صاحب حاشية رد المحتار : والزنا الموجب للحد ، وطء وهو إدخال قدر حشفة من ذكر مكلف خرج الصبى والمعتوه ، ناطق ، خرج وطء الأخرس ، فلا حد عليه مطلقا للشبهة ، وأما الأعمى فيحد للزنا بالاقرار لا بالبرهان ، طائع فى قبل مشتهاه ، حالا أو ماضيا ، خرج المكره والدبر ونحو الصغيرة ، خال عن ملكه أى ملك الواطىء ، وشبهته أى فى المحل لا فى الفعــل (١) .

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٤ ، ٥ .

وعند صاحب البدائع يقول : أما الزنا فهو اسم للوطء الحرام ، فى قبل المرأة الحية ، فى حالة الاختيار ، فى دار العدل ، ممن التزم أحكام الاسلام العارى عن حقيقة الملك ، وعن شبهته ، وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح جميعا (١) .

ويقول صاحب الاختيار : الزنا ، وطء الرجل المرأة فى القبل ، فى غير الملك وشبهته . أما الأول فلعموم موارد استعمال اسم الزنا ، فانه متى قيل فلان زنى ، يعلم أنه وطىء امرأة فى قبلها وطئا حراما ، ألا يرى أن ما عزا لما فسر الزنا بالوطء فى القبل حراما كالميل فى المكحلة، حده النبى - صلى الله عليه وسلم - وأما كونه فى غير الملك ، فلأن الملك سبب الاباحة ، فلا يكون زنا ، وأما عدم الشبهة ، فلقوله عليه الصلاة والسلام : « ادرءوا الحدود بالشبهات » ولابد فيه من مجاوزة الختان ، لأن المخالطة بذلك تتحقق ، وما دون ذلك ملامسة ، لا يتعلق بها أحكام الوطء من غسل وكفارة وصوم وفساد حج (٢) .

ومحصلة هذه النصوص ، الواردة فى فقه الحنفية ، تدل على أن الركن المادى لجريمة الزنا ، يتمثل فى الوطء ، وهو كما دلت عليه النصوص ، اتصال الرجل جنسيا بالمرأة ، فى القبل وهو الفرج ، وهو العضو التناسلى للمرأة . فلا يعتبر من قبيل الزنا ، الاتصال الجنسى فى دبر المرأة من الخلف ، لأنه ليس الموضع الطبيعى ، إذ أنه ليس موضعا للتوالد والتناسل ، ولأنه لا يشتهى عادة ، فهو مسلك الشذاذ

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ٣٣ ، ٣٤ .
(٢) الموصلى ، الاختيار ، جـ ٣ ، ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

والمنحرفين جنسيا ، وبالتالى فان جريمة الاغتصاب لا تقوم فى نظر المذهب ، عند اتصال الرجل جنسيا بالمرأة فى الدبر أو من الخلف ، من غير رضاها • وهذا دون إخلال بمساءلة الجانى عن جريمة تعزيرية ، وهذا التحديد للجريمة أخذ به قانون العقوبات ، إذ أنه اشترط أن يتم الاتصال فى الفرج ، أو المكان الطبيعى •

ويجب أن يكون الرجل قد وطأ الأنثى ، أى اتصل بها اتصـالا جنسيا كاملا ، وهو ما عبر عنه بالميل فى المكحلة • وهو يعنى أن مقدمات الزنا كالمفاخذة أى الايلاج بين الفخذين ، وكالمباشرة خارج الفرج ، لا تعتبر زنا ومن ثم لا تقوم به جريمة الاغتصاب ، لانتفـاء الركن المـادى •

على أن الاتصال الجنسى التام ، طبقا لما تدل عليه النصوص ، لا يتطلب ادخال عضو الذكورة كاملا ، وعلى حد تعبير النص إدخال قدر حشفة ، أى تغييب جزء من عضو الذكورة فى فرج المرأة ، فهذا كاف لتوفير الركن المادى • كما لا يشترط الانزال فى فرج المرأة ، فسواء حدث إنزال أم لم يحدث فالركن متوفر ، والجريمة قائمـة • وهو ما يتفق فيه قانون العقوبات ، مع نظر الفقه الحنفى •

وحتى يمكن القول بأن جريمة الزنا متحققة ، فى جانب الركن المادى فيها الذى هو جزء من الركن المادى لجريمة الاغتصاب ، فان فعل الوقاع أو الاتصال الجنسى ، يتأتى بين رجل وامرأة ، وهذا صريح وواضح ، فى قول صاحب الاختيار : الزنا : وطء الرجل المرأة فى القبل • فهذا التحديد يخرج عن نطاق هذه الجريمة اتصال الرجل بالرجل فانه يسمى لواطا ، ولا يسمى زنا ، استنادا لقوله تعالى :

« ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين • إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء ، بل أنتم قوم مسرفون » (الاعراف : ٨٠ ، ٨١) • كما يخرج بهذا التحديد ، إتصال المرأة بالمرأة ، فانه يسمى سحاقا ، لأنه لا ينطوى على ايلاج(١) • ويجمع بين اللواطة والمساحقة أو الفعل فيهما يكون بين أفراد جنس واحد ، فلا مجال فيهما لاختلاف الجنس ، لذلك لا تنشأ بهما الجريمة ، أى جريمة الزنا ، وتبعا لا محل للقول بوجود جريمة اغتصاب لاتحاد الجنس •

وهذا النظر يعتنقه الفقه القانوني ، حيث يتطلب اختلاف الجنس، لوقوع جريمة الاغتصاب ، ويترتب على ذلك أن يكون الرجل هو الفاعل فى هذه الجريمة ، لأنه صاحب المبادأة فيها ، ولأن فعل الوقاع يصدر حقيقة منه ، باعتبار عضو الذكورة فيه ، لكن هذا لا ينفى أن تكون المرأة شريكته فى هذه الجريمة ، تبعا للدور الذى تلعبـــه فى قيـــام الجريمة •

ويشترط لقيام الركن المادى للجريمة ، أن يكون الرجل قادرا على الاتصال الجنسى ، وهو ما عناه صاحب حاشية رد المحتار بقوله : « وطء وهو ادخال قدر حشفة من ذكر مكلف ، خرج الصبى والمعتوه » فالصبى لا تقع منه هذه الجريمة ، لعدم أهليته ، إذ أنه لا يصـــدق عليه أنه ارتكب الجريمة الا بعد بلوغه ، فهو غير مكلف قبلها فلا تنطبق عليه مسماها ولا عقوبتها •

---

(١) وهذا لا يعنى أنه مباح ، فانه محرم ، لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ، فانهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » • المؤمنون : ٥ ، ٦ ، ٧

وبالنسبة للأنثى فانه يطلق عليها المزني بها ، وهي تبع للرجل فى الجريمة ، وليس لها استقلال خاص فيها ، فان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء ، لأنها موطوءة ، وليست بواطئة ، وتسميتها فى الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة ، وإنما وجب عليها لكونها مزنيا بها(١). إلا أن هذا التعميم فى النظر إلى دور المرأة فى جريمة الزنا ، وتبعــا الاغتصاب ، فيه نظر ، لأهمية دور المرأة ، وكونها محلا للوطء أو الاتصال الجنسي .

ويشترط طبقــا لما جاءت به النصــوص ، ألا يكون الوطء أو الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة مشروعا ، ويكون غير مشروع إذا كان خاليا عن ملك الواطىء ، أو عاريا عن حقيقة النكاح ، أو لكونه وطأ امرأة غير مباح له وطؤها ، لأن الملك سبب الاباحة ، فلا يكون زنا . ويكون ذلك فى حالة الارتباط الشرعى بالزواج ، أو ملك اليمين ، ولا محل للكلام عن الاخير لانقراض الرق فى عصرنا .

وطبقا للتحديد الذى يقول به فقهاء الحنفية ، فان الجريمة تقع من جانب الرجل مع المرأة التى لا ترتبط به بعلاقة زوجية ، لأن عقد الزواج ، هو الذى يمثل نطاق الشرعية ، فى معاشرة الرجل للأنثى ، ولا يعتد بأية رابطة أخرى ، فالمخادنة أو اتخاذ الخليلة ، ولو كان الاتصال تم بمحض ارادة المرأة ، هو عمل غير مشروع ، وتقوم به جريمة الزنا ، كما أنه لا عبرة بكون المرأة سيئة السلوك أو السمعة ، أو كان قد سبق له الاتصال بها ، سواء تم ذلك فى ظل عقد زواج ، أو فى غير عقد . وتقوم الجريمة كذلك بغض النظر عن صغر ســن

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٣٤ .

المرأة أو كبره ، فاتصال الرجل بأنثى صغيرة لا يجامع مثلها ، مما يقوم به الركن المادى للجريمة ، وكذا الاتصال الجنسى بعجوز تجاوزت سن اليأس ، أو بلغت من العمر أرذله بغير رضاها ، يحقق الركن المادي لجريمة الاغتصاب .

الفقـــه المالـــكى :

إن استجلاء موقف الفقه المالكى من الركن المادى لجريمة الزنا ، وهى محل الاغتصاب ، يبين فى النصوص التي عرضت لتعريف الزنا فها هو صاحب التاج والاكليل يقول فى ذلك : « الزنا وطء مسـلم مكلف » ، ابن عرفة « الزنا تغييب حشفة آدمى فى فرج آخر دون شبهة عمدا ، وشرط إيجاب حد الزنى ، أن يكون الزانى مكلفا مسلما . فرج آدمى لا ملك له فيه باتفاق تعمدا . ابن الحاجب : الزنى هو أن يطأ آدمى فرج آدمى لا ملك له فيه باتفاق متعمدا .. فيخرج به زنا المرأة لأنها موطوءة لا واطئة . وإن لواطا ابن أبى زيد ، وإن عمل عمل قوم لوط بذكر بالغ أطاعه فيه رجما أحصنا أو لم يحصنا ابن شاس . أو اتيان أجنبية بدبر من المدونة ، من وطىء أجنبية فى دبرها حدا جميعا ، من أحصن منهما يرجم ، ومن كان بكرا جلد . أو ميتة فى الموازية من زنا بميتة أو نائمةأو مجنونة فى حال جنونها حد . غير زوج.. وصغيرة يمكن وطؤها من المدونة . من زنا بصغيرة لم تحصن طائعة ، ومثلها يوطأ حد . أو مستأجرة لوطء أو غيره . ابن الحاجب واطىء المستأجرة للوطء أو لغيره يحد . ومن المدونة من وطىء جارية عنده رهنا أو عارية أو وديعة أو باجارة فعلية الحد (١) .

---

(١) المواق ، التاج والاكليل لمختصر خليل ، ج ٦ ، ص ٢٩٠ ، ٢٩١ .

ويقول صاحب بداية المجتهد فأما الزنا ، فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ، ولا شبهة نكاح ، ولا ملك يمين ، وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام (١) •

اما ابن فرحون فيقول : والزنا محرم بنص القرآن ، ويجب فيه العقوبة والصداق ، إن كانت المرأة مكرهة أو غير عالمة • ويشترط فى توجه العقوبة سبعة شروط : الأول : البلوغ فلا حد على صبى ولا صبية ويعاقبان ، ولا تحد البالغة بوطء صبى ، وإن قوى على الجماع • ويحد البالغ بوطء الصبية ، إذا كان مثلها يوطأ • وقال ابن القاسم : يحد وأن كانت بنت خمس • وأوجب فى المدونة : الحد بالانبات (٢) •

إن بيان الركن المادى لجريمة الاغتصاب ، فى هذه التعريفات ، يتجلى فى الوطء ، وهو الاتصال الجنسى بالمرأة ، وهذا يتأتى بطبيعة الحال فى القبل ، وهو موضع التناسل والتوالد عند المرأة ، وهو أول ما يطلق عليه فعل الزنا ، الا ترى أن هذا ظاهر فى التعبير عن حقيقة الزنا ، وطء مسلم مكلف • أو هو : أن يطأ آدمى فرج آدمى •

لكن المالكية لا يقفون عند هذا الحد ، فيما يتحقق به الركن المادى لجريمة الزنا ، فهذا الركن قائم فى الاتصال الجنسى من جانب الرجل فى الموضع غير الطبيعى ، وهو دبر المرأة ، فهذا من قبيل الزنا • يدل عليه القول : أو اتيان أجنبية بدبر من المدونة ، من وطء أجنبية فى

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٤٣٣ •

(٢) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ٢ ، ص ٢٥٦ •

دبرها كذا جميعا . لأن فرج المرأة يطلق عندهم على الموضع الطبيعى وهو القبل ، وغير الطبيعى وهو الدبر (١) ، فينطبق عليهما نفس الحكم.

وهذا النظر من جانب المالكية ، يخالف ما ذهب إليه الحنفية ، حيث يقصرون الزنا أو بتعبير أدق الركن المادى فيه على وقاع الأنثى فى القبل أو الموضع الطبيعى . وإذا كان فقهاء المالكية يعتبرون الاتصال الجنسى فى دبر المرأة زنا يعاقب عليه بعقوبة الزنا ، وهى الحد الذي هو الجلد أو الرجم بحسب ما إذا كان الجانى محصنا أو غير محصن ؛ فان هذا يخالف ما ذهب اليه شراح قانون العقوبات ، فهم يعتبرون أن اتصال الرجل جنسيا بالمرأة من الخلف فى الدبر رغما عنها ، لا يضفى على الجريمة وصف الاغتصاب ، وانما يعتبر الفعل من قبيل هتك العرض .

وينبغى لقيام الركن المادى عند فقهاء المالكية ، أن يكون هناك اتصال جنسى تام بين الرجل والمرأة ، فهذا هو معنى الوطء فى المصطلح الشرعى عند فقهاء المذهب ، ومفهوم ذلك أن الركن المادى لا ينشأ بأى فعل لا ينطوى علي وطء أو اتصال جنسى تام كالايلاج خارج الفرج ، أو مس أحد عوراتها كالثديين مثلا .

---

(١) يقول ابن فرحون فى ذلك : ومن وطىء امرأة فى دبرها ، فحكم ذلك حكم الزنا يرجم المحصن منهما ، ويجلد غير المحصن ، ويغرب الرجل ان جلد ، قال ابن المواز ورواه أبو حبيب عن ابن الماجشون ، وذلك اذا جاوز الختان الشرج ، ووجهه : إنه احد فرجي المرأة كالقبل .
تبصرة الحكام ، ج ٢ ، ص ٢٥٨ .

على أن القول بذلك ، لا ينفى قيام ركن الجريمة بالايلاج الجزئي لعضو الذكورة في فرج المرأة ، ذلك أنه لا يشترط في الاتصال الجنسي أو في الوطء إدخال عضو الذكورة كاملا . إذ يكفى في الزنا تغييب حشفة آدمى في فرج آخر . وليس شرطا لوقوع الجريمة الانزال ، فالركن المادي موجود ولو لم يترتب على هذا الاتصال إنزال .

لكن جريمة الزنا ، أو بالاحرى الركن المادى فيها ، لا يشترط فيها عند فقهاء المالكية ، أن يقع الاتصال الجنسي أو المعاشرة بين رجل وامرأة ، إذ اختلاف الجنس ليس شرطا في وقوعها ، فالزنا كما يقع بمواقعة الرجل للمرأة ، يقع كذلك من جانب الرجل على الرجل . وعلى حد تعبير النص القائل : وإن لواطا ابن أبى زيد ، وإن عمل عمل قوم لوط بذكر بالغ ، أطاعة فيه رجما أحصنا أو لم يحصنا . فحكم الوقاع في القبل حكم اللواط يرجمان أحصنا أم لم يحصنا ، لأنه وطء محرم في دبر كالرجلين [1] . إلا أن وصف الزنا يطلق في الاصل على مواقعة الرجل للأنثى ، ويطلق تبعا على اتصال الرجل بالرجل ، لأن الأول هو الكثير الغالب وقوعه في مجال الجرائم الجنسية ، ولأنه يتفق مع مقتضى الشهوة الطبيعية في الرجل والمرأة ، أما الثانى فيندر وقوعه ، وينفر منه الطبع الانسانى السليم .

وفى هذا الموضع أيضا نجد ثمة اختلاف بين فقه المالكية والحنفية ، فان الركن المادى لجريمة الزنا عند الحنفية ، يشترط فيه اختلاف الجنس بأن يتم بين رجل وامرأة ، فمواقعة الرجل للأنثى يكون زنا ، أما اتصال الرجل بالرجل جنسيا ، فيسمى لواطا ولا يعد زنا . بينما

---

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ٢ ، ص ٢٥٨ .

يعتبر المالكية ، أن الاتصال الجنسى ف القبل أو الدبر يكون زنا سواء كان المجنى عليها امرأة أو رجلا ، ذلك أن اتصال الرجل جنسيا بالمرأة ف القبل أو الدبر هو زنا • واتصال الرجل بالرجل ف الدبر من الخلف هو زنا كذلك •

وهذا النظر يختلف أيضا مع قانون العقوبات ، الذى يشترط لقيام الركن المادى أن يحدث الوقاع بين رجل وامرأة ف الموضع الطبيعى ، أى بين مختلفى الجنس ، فلا تقع الجريمة من رجل على رجل كرها عنه •

ويعتبر الفقه المالكى أن المرأة هى المجنى عليها ف هذه الجريمة ، وأن الجانى هو الرجل ، فان فعل الزنا يطلق على وقاع الرجل للأنثى ، ولا يطلق على المرأة أنها زنت ، لأنها موطوءة لا واطئة ، فهى تبع للرجل ف الفعل ، وليس لها استقلالية فيه •

ويعد شرطا لقيام الركن المادى للجريمة ، القدرة على الوقاع أو الاتصال الجنسى من جانب الرجل ، وهو مؤدى اشتراط التكليف ف النص أن يكون الزانى مكلفا • أو ف اشتراط النص الآخر البلوغ ، فلا حد على صبى ولا صبية ويعاقبان ، ولا تحد البالغة بوطء صبى وأن قوى على الجماع • فهنا اشتراط صريح بأن يكون الطرفان صالحين للاتصال الجنسى ، بأن يكون كل منهما مؤهلا لهذا الاتصال ، لذلك فان الجريمة لا تقع من صبى لأنه غير قادر على مواقعة الأنثى ، حيث لا يتأتى منه الجماع ، كذلك الأمر بالنسبة للأنثى ، إذا كانت صغيرة ، لأنها لا تصلح للجماع ، فلا تقوم الجريمة لعدم صلاحية المحل •

ويقترب نظر شراح القانون مع هذا الرأى ، لأنهم يشترطون فى طرفى جريمة الاغتصاب ، أن يكونا قادرين على الاتصال الجنسى ، ومؤهلين له ، فالركن المادى لا يتوافر عند اتصال الصبى أو المريض بالمرأة ، كما لا يتوافر عند اتصال رجل بامرأة مصابة بأحد العيوب الجنسية •

ويشترط كذلك لقيام جريمة الزنا ، أو الركن المادى فيها ، أن يكون الاتصال الجنسى أو الوقاع بين الرجل والمرأة غير مشروع ، وهذا يتأتى فى كون الوطء وقع على غير نكاح صحيح ، ولا شبهة نكاح، ولا ملك يمين • وبالطبع فان نطاق المشروعية فى نظر المذهب نطاق واسع أوسع منه لدى شراح القانون ، وسنعرض له فى حينه •

ويقوم الركن المادى للجريمة ، دون اعتبار للوصف الذى تكون عليه المرأة ، مادامت المرأة أجنبية عن الرجل ، فالجريمة زنا عندما يقع الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، ولو كانت المرأة خليلة الرجل، أو سبق له الزواج بها ، أو كانت عاهرة ، أو نبتت منبت السوء بأن تكون من هواة الرزيلة وفعل الفاحشة ، لأن هذه الحالات وما يماثلها لا تؤثر على اعتبار أن المرأة أجنبية عن الرجل ، ومن ثم فان فعل الوقاع يكون مؤثما ، وتقوم به الجريمة •

الفقـــه الشـــافعى :

يتبين موقف الفقه الشافعى ، بشأن الركن المادى ، الذى هو جزء من الاغتصاب ، فيما يذهب اليه فقهاؤه ، يقول الشيرازى ، فى بيان الزنا " إذا وطىء رجل من أهل دار الاسلام ، امرأة محرمة عليه ، من غير عقد ولا شبهة عقد ، وغير ملك ولا شبهة ملك ، وهو عاقل بالغ

مختار عالم بالتحريم ، وجب عليه الحد ، فان كان محصنا وجب عليه الرجم .. ويقول : والمحصن الذى يرجم هو أن يكون بالغا عاقلا حرا ، وطىء فى نكاح صحيح . فان كان صبيا أو مجنونا ، لم يرجم لأنهما ليسا من أهل الحد (١) .

ويقول الخطيب عن الزنا : وحقيقته الشرعية الموجبة للحد ، إيلاج حشفة أو قدرها من الذكر ، المتصل الأصلى من الآدمى الواضح ، ولو أشل وغير منتشر وكان ملفوفا فى خرقة .. بفرج أى قبل أنثى ولو غوراء ... محرم فى نفس الأمر لعينه أى الايلاج ، خال عن الشبهة المسقطة للحد ، مشتهى طبعا ، بأن كان فرج آدمى حى يوجب الحد .... ودبر ذكر ودبر أنثى أجنبية كقبل للأنثى ، فيجب بالايلاج فى كل من الدبرين المسمى باللواط ، الحد على المذهب ، فيرجم المحصن ويجلد غيره ويغرب ، لأنه زنا بدليل قوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا ، إنه كان فاحشة » ، وقال تعالى : « أتأتون الفاحشة » وروى البيهقى عن أبى موسى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال : إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان . وفى قول يقتل محصنا كان أو غيره لحديث : « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط ، فاقتلوا الفاعل والمفعول به »(٢) .

هذه هى حقيقة الزنا فى الفقه الشافعى ، ومنها يتبين أن الركن المادى يتمثل فى الوطء ، الذى هو عبارة عن فعل المواقعة من جانب الرجل للأنثى ، وهذا الوقاع يكون فى قبل المرأة أى الرحم الذى هو موضع التناسل والتوالد والمعد لقضاء الشهوة ، ويكون فى الدبر ، بأن يتصل

(١) الشيرازى ، المهذب ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ ، ٣٤١ .
(٢) الخطيب ، مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ١٤٤ .

الرجل جنسيا من الخلف فى دبر المرأة ، فهذا يسمى زنا أيضا ، إلا أن الزنا فى القبل هو الأصل ، أما الاتصال فى الدبر ، فهو مندرج فى الزنا بطريق الدلالة ، أو بطريقة ضمنية ، فهو يتبع الاصل فى الحكم .

ويدلل المذهب على رأيه ، فى أن القرآن الكريم ، قد وصم كلا الفعلين بأنه فاحشة ، وقال عن اللواطة : أتاتون الفاحشة عندما عاب على قوم لوط وذم مسلكهم ، وحيث إن كليهما فاحشة ، فالعملين يطلق عليهما وصف الزنا ، ويعاقب فاعلهما بعقوبته .

وهذا النظر يتفق مع ما قال به المالكية ، ويختلف عما قال به الحنفية لأن فقه الحنفية يعتبر أن اتيان الرجل للرجل ، من قبيل اللواطة وليس من الزنا ، فلا يصدق على اللواطة حقيقة الزنا ، ولا يتحقق به الركن المادى للجريمة ، وقد رأينا أن قانون العقوبات قد أخذ بنظر الحنفية ، فان جريمة الاغتصاب لا تتأتى بمواقعة الرجل المرأة فى دبرها أو من الخلف ، لأن الاغتصاب لا يتأتى من الرجـل الا فى الموضع الطبيعى للمرأة .

ومن ناحية أخرى ، فان الاغتصاب فى الرأى القانونى ، يقع بين الرجل والمرأة ، ولا يقع بين رجل ورجل ، لأن شرط اختلاف الجنس أساس فى قيام الركن المادي للجريمة .

والركن المادى الذى تتحقق به جريمة الزنا ، هو الوطء ، أى الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، ويكفى فيه إدخال الحشـفة أو قـدرها من الذكر . فلا يشترط إدخال عضـو الذكورة كاملا ، ولا يشترط فى عضو الذكورة أن يكون منتشرا ، أو أن يكون ثمة حائل كقطعة قماش مثلا فمتى تم إيلاج الحشفة أو قدرها ، وجدت الجريمة .

وإن اشتراط الاتصال الجنسى بواسطة الحشفة أو ما يماثلها ، مفهومه أنه الركن المادى لا يتوافر بادخال الرجل شيئا آخر غير عضو الذكورة ، كما لو ادخل أصبعه فى فرج المرأة ، أو عبث فيه بمادة أخرى كعود ثقاب أو غيره ، وهذا ما يذهب إليه شراح قانون العقوبات

كذلك لا يعتبر من قبيل الاتصال الجنسى الذى يقوم به الركن المادى للجريمة ، كل فعل لا يرقى إلى الاتصال الجنسى الكامل ، كامتهان عورة المرأة ، أو العبث بأعضاء جسمها بعضوه ونحو ذلك ، لأن هذا الصنيع لا يعدو وطئا ، ولا يصدق عليه وصف الزنا حقيقة ، وإن اعتبر مؤديا للزنا ، ومن ثم يعاقب مرتكبه عقوبة تعزيرية .

ويتطلب الركن المادى فى جريمة الزنا ، القدرة على الاتصال الجنسى ويلاحظ فيه جانب الرجل ، وهذا مرجعه إلى اشتراط البلوغ ، فان غير البالغ لا يقدر على الوطء ، وهو معنى ما جاء فى النص : فان كان صبيا أو مجنونا ، لم يرجم ، لأنه ليس من أهل الحد ، وهو ما يعنى أنه ليس صالحا للقيام بالفعل المكون للجريمة ، ولا يقدر على أعبائها .

ويشترط بطبيعة الحال ، لقيام الركن المادى لجريمة الزنا ، أن يكون الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة غير مشروع ، ويكون كذلك على حد تعبير النص ، بأن يطأ الرجل امرأة محرمة عليه ، من غير عقد ، ولا شبهة عقد ، وغير ملك ، ولا شبهة ملك . ونطاق المشروعية هو الحد الفاصل بين تجريم الاتصال من عدمه ، وهو العنصر الحاسم فى الحظر أو الاباحة .

وتجدر الاشارة إلى أن الركن المادى للجريمة ، وهو الوطء ، يتحقق دون مراعاة لجانب الأوصاف التى تكون عليها المرأة ، فمتى تم الاتصال الجنسى من جانب الرجل بفرج المرأة ، وجد الزنا ، ولو كان به عيب ، لأن الأوصاف لا تؤثر فى ماهية الفعل ، ولا تحول دون وقوع الفعل تحت طائلة التجريم ، ولا تنفى عنه وصف الزنا ، كما لو كانت المرأة غوراء •

ولا عبرة كذلك بالأوصاف التى تكون عليها المرأة ، فيستوى أن تكون حسنة السمعة أو سيئة السلوك ، ممن اشتهرن بالفجور •

وليس ثمة فرق فى قيام الجريمة ، أن يتصل بأنثى شابة أو عجوز فالاتصال الجنسى فى هذه الحالات ، يقوم به الركن المادى للجريمة •

الفقـــه الحنبـــلى :

الركن المادى فى جريمة الزنا ، عند فقهاء الحنابلة ، لا يختلف فى مجمله عن المذاهب الأخرى ، وبخاصة عند المالكية والشافعية ، وهاك النصوص المثبتة لذلك :

يقول ابن قدامة : والزانى من أتى الفاحشة من قبل أو دبر ، لا خلاف بين أهل العلم فى أن من وطىء امرأة فى قبلها حراما لا شبهة له ، فى وطئها انه زان ، يجب عليه حد الزنا ، إذا كملت شروطه • والوطء فى الدبر مثله فى كونه زنا ، لأنه وطء فى فرج امرأة ، لا ملك له فيها ، ولا شبهة ملك فكان زنا كالوطء فى القبل ، ولأن الله تعالى قال : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم » الآية • ثم بين النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر

جلد مائة ، وتغريب عام • والوطء فى الدبر فاحشة بقوله تعالى فى قوم لوط : أتأتون الفاحشة ؟ يعنى الوطء فى أدبار الرجال ويقال أول ما بدأ قوم لوط ، بوطء النساء فى أدبارهن ، ثم صاروا إلى ذلك فى الرجال •• ويقول : وأما الصغيرة ، فان كانت ممن يمكن وطؤها ، فوطئها زنا يوجب الحد ، لأنها كالكبيرة فى ذلك • وإن كانت ممن لا يصح للوطء ففيها وجهان كالميتة • قال القاضى : لا حد على من طىء صغيرة ، لم تبلغ تسعا ، لأنها لا يشتهى مثلها ، فأشبه ما لو أدخل أصبعه فى فرجها ، وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبى ، لم يبلغ عشرا ، لا حد عليها • والصحيح أنه متى أمكن وطؤها ، وأمكنت المرأة من أمكنه الوطء فوطئها ، أن الحد يجب على المكلف منهما ، فلا يجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر ، لأن التحديد إنما يكون بالتوقيف ، ولا توقيف فى هـذا ، وكون التسع وقتا لامكان الاستمتاع غالبا ، لا يمنع وجوده قبله ، كما أن البلوغ يوجد فى خمسة عشر علما غالبا ، ولم يمنع من وجوده قبله (١) •

ويقول صاحب كشاف القناع عن الزنا ، وهو فعل الفاحشة فى قبل أو دبر ••• ويقول : ولا يجب الحد للزنا ، إلا بشروط أربعة ، أحدها : أن يطأ فى فرج أصلى من آدمى حى ، قبلا كان أو دبرا بذكر أصلى ، وأقله ، أى الوطء تغييب حشفة من فحل أو خصى ، أو قدرها عند عدمها ، لأن أحكام الوطء تتعلق به • قال فى الفروع والمبدع ، بعد كلام نقلاه عن أبى بكر ، فدل على أنه يلزم من نفى الغسل الحد وأولى ، انتهى • فيؤخذ منه أنه لا حد على من غيبه بحائل • فان وطىء

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٨ ، ص ١٨١ ، ١٨٢ •

الزانى دون الفرج ، فلا حد ، أو تساحقت امرأتان ، فلا حد لعـــدم الايلاج ، أو جامع الخنثى المشكل بذكره ، ولو فى فرج أصلى ، فلا حد لاحتمال أن يكون أنثى ، أو جومع الخنثى المشكل فى قبله ، ولو بذكر أصلى ، فلا حد لاحتمال أن يكون ذكرا ، وعليهم أى الواطىء دون الفرج ، والموطؤه كذلك ، والمتساحقتين ، والخنثى المشكل إذا جامع أو جومع فى قبله التعزير ، لارتكابهم تلك المعصية (١) •

تقرر النصوص أن الركن المادى لجريمة الزنا ، هو الوطء ، فلا خلاف بين أهل العلم على ذلك ، فالجانى هو من أتى الفاحشة بمواقعة الأنثى ، وهنا ينحو الفقـــه الحنبلى منحى الفقـــه المالكى والشافعى ، فى أن المواقعة التى يتحقق بها الركن المادى للزنا ، تكون فى القبل أى الموضع الطبيعى ، لأنه الأصل فى الوطء ، وتكون من الخلف أى فى الدبر وهو معنى القول : والوطء فى الدبر مثله فى كونه زنا ، لأن اسم الفرج فى المرأة يطلق على القبل والدبر ، فهو معنى مشترك بينهما ، ولأن القرآن سوى بينهما فى إطلاق وصف الفاحشة عليهما ، فيستويان •

ولا شك أن المعنى الذى يقوم به الزنا ، فى نصوص الحنابلة هو الوطء أى الاتصال الجنسى الكامل ، بالتلاحم بين عضو الذكورة فى الرجل ، وفرج المرأة ، وبدون ذلك لا يتأتى الركن المادى فى الزنا • فلا يقوم الركن المادى بالاعمـــال الملازمة للوقاع ، كالتقبيل ومس الأعضاء ، والايلاج فى غير الفرج أو خارجه ، وهو معنى قوله : أن يطأ فى فرج أصلى قبلا أو دبرا •

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ ٦ ، ص ٨٩ ، ٩٥ ، ٩٦ •

ومعيار الوطء الذى يحصل به الوقاع أو الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، هو تغييب الحشفة ، أو قدرها عند عدمها ، بأن كانت مقطوعة ، لأن هذا مما يتحقق به الوطء ، فلا يشترط إيلاج عضـــو الذكورة كاملا ، ولا يشترط الانزال أو اشباع الرغبة ، فالركن قائم بوجود الوطء ، المتمثل فى إدخال الحشفة أو قدرها ، دون حاجة إلى شىء آخر .

فاذا كان ثمة حائل على عضو الذكورة ، عند جماع الرجل المرأ لم يتأت الركن المادي للزنا ، وعلى حد تعبير النص : ولا حد على من غيبه بحائل ، وهنا يختلف الفقه الحنبلي مع الفقه الشافعى ، الذى يعتد بقيام الركن المادى بإيلاج الرجل الحشفة أو قدرها فى فرج المرأة ، ولو كان ثمة حائل عند الجماع .

لكن الجريمة — أى الزنا — لا تقوم ، فى جانب الركن المادى ، بادخال الرجل شيئا آخر غير عضو الذكورة فى فرج المرأة ، فمن أدخل أصبعه فى فرج المرأة أو أدخل عودا او عصا فيه ، فلا وجود للزنا بذلك ، وهذا ما يأخذ به شراح القانون .

ويحتاج الركن المادى ، أن يكون الرجل قادرا على فعل الوقاع إذ لا يستطيع الاتصال الجنسى دون القدرة عليه ، لذلك فان الجريمة لا تقع من الصغير وهو الصبي ، الذى لم يصل إلى سن البلوغ ، لعدم قدرته على الوقاع ، ولأن التكليف شرط فى قيام الجريمة .

ويجب أن يكون معلوما أن الايلاج من جانب الخصى لا يؤثر على قيام الركن المادى فى الجريمة ، ويبدو أن المراد منه ، إذا كان الخصاء لا يحول دون الوطء ، ولا يمنع من قدرته على اتيان المرأة ، وذلك

مثل المجبوب الذى قطع جزء من عضو ذكورته كالحشفة ، فقام بايلاج قدرها فى فرج المرأة ، فانه يكون زنا ، ويتأتى الركن المادى منه ، لأن الرجل يصدق عليه أنه قادر على فعل الوقاع .

ويلاحظ أن الركن المادى للزنا ، وهو الوطء ، اذا نقلناه إلى جريمة الاغتصاب ، والتى يكون المجنى عليها فيه أنثى دائما وحتى فى نطاق جريمة الزنا بمعناها العام — فاننا نجد أن الجريمة لا تتحقق إلا باختلاف الجنس بين الرجل والمرأة ، ومن ثم يعتبر شرطا لقيام جريمة اغتصاب الاناث .

ولا يعكر صفو ذلك ، أن اتيان الرجل الرجل ، وهو ما يسمى باللواطة يعد زنا عند فقهاء الحنابلة والشافعية والمالكية ، لأنه يخرج عن ماهية الاغتصاب ، الذى يكون طرفا الاتصال فيه رجل وامرأة . بالاضافة إلى أن الفقه الحنفى لا يعتبر هذا الفعل زنا ، وإنما يطلق عليه اللواطة نسبة إلى عمل قوم لوط ، كما حكاه القرآن .

إذا ثبت ذلك ، فانه من تحصيل الحاصل القول ، بأن الزنا ومثله الاغتصاب ، لا يتأتى عند إتحاد الجنس باتيان المرأة المرأة ، وهو المساحقة ، لأن الوطء فيه بالايلاج ، وهو مناط التجريم غير موجود ، فضلا عن أن اختلاف الجنس ، وهو شرط الاغتصاب غير متوافر .

ويقينا فانه لقيام الركن المادى لجريمة الزنا ، يشترط ، أن يكون مواقعة الرجل للأنثى غير مشروع ، والضابط فى ذلك ، أن يكون الرجل قد وطأ امرأة أجنبية عنه ، وهى المرأة التى لا ملك له فيها ولا شبهة ملك ، لأنه بمواقعته لهذه المرأة ، يكون فعله مؤثما أشد التأثيم ، ويستحق العقوبة المشددة ، وهى الحد .

وليس شرطا فى وجود الركن المادى للزنا ، أن تكون المرأة على صفة معينة ، لأن الصفات أمر عارض ، لا مدخل لها فى التجريم والعقوبة كأن تكون المرأة ذواقة للرجل ، أو من صواحب الجانى ، أو بغيا ، فان من يتصل جنسيا بامرأة على هذه الصفة ، فان الركن المادى للجريمة يتحقق ، ومن وطأ الصغيرة ، فهو زنا ، يوجب الحد ، لانها كالكبيرة فى ذلك • كذلك فانه لا عبرة بالبواعث فى قيام الجريمة ، مثل أن يتصل رجل بامرأة ، بهدف حماية أسرته ، بعد أن طلقها طلاقا بائنا ، أو أن يواقع امرأة ، لأنه ينوى الزواج بها ، أو لغير ذلك من البواعث ، التى لا يعتد بها ألبتة فى قيام جريمة الزنا ، وشأنها الاغتصاب •

الفقه الظاهرى :

إن حقيقة الزنا ، فى الفقه الظاهرى ، يقررها ابن حزم ، فى قوله : ما الزنا ؟ قال على : قال الله تعالى : « والذين لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم » إلى قوله : « فأولئك هم العادون » وصح أن رسول الله – ﷺ – قال : « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » وقد ذكرناه باسناده فصح أنه ليس الوطء الا مباحا لايلام فاعله ، أو عهرا فى غير الفراش ، وههنا وطئان آخران ، أحدهما : من وطىء فراشا مباحا فى حال محرمة ، كواطىء الحائض والمحرمة والمحرم ، والصائم والصائمة كذلك ، والمعتكف والمعتكفة ، والمشركة فهذا عاص ، وليس زانيا ، باجماع الأمة كلها ، الا أنه وطىء فراشا حرم بوجه ما ، فاذا أرتفع ذلك الوجه ، حل له وطئها • والثانى : من جهل فلا ذنب له ، وليس زانيا • فبعد هذين الوطئين ، فليس الا من وطىء امرأته

المباحة ، بعقد نكاح صحيح ، أو بملك يمين صحيح ، يحل فيه الوطء ، أو عاهر ، وهو من وطىء من لا يحل له النظر إلى مجردها ، وهو عالم بالتحريم (١) .

يبين من مقولة ابن حزم ، الركن المادى للزنا ، وهو وطء المرأة التى لا تحل له ، ويصدق على هذا الوطء ما قيل فى بيانه فيما سبق ، من أن يكون الوطء ، فى اتصال جنسى تام ، بين الرجل والمرأة ، فى ظل علاقة غير مشروعة ، ونطاق المشروعية عنده يتحدد فى علاقة الزوجية وملك اليمين ، وعلى حد قوله : فمن وطىء امرأته المباحة ، بعقد نكاح صحيح أو بملك يمين صحيح ، يحل فيه الوطء ، فعقد النكاح الصحيح ، وتملك الرقبة تملكا صحيحا ، هو السند على المشروعية . ويترتب على ذلك أن من يعاشر جنسيا امرأة لا تربطه بها عقد زواج صحيح ، يعد مرتكبا لجريمة الزنا ، ويكون الركن المادى للجريمة قائما .

وأساس ذلك أن ابن حزم ، حصر الوطء المباح أو المشروع بأن يكون فى نطاق عقد الزواج الصحيح ، واعتبر ما عداه من قبيل الزنا ، وعنده أن كل وطء أو اتصال جنسى بالمرأة التى لا يحل له النظر إليها ، هو زنا يعاقب مرتكبه بعقوبة الحد ، متى توافرت شرائطه ، لأنه عاهر وباغ ومعتد ، بمقتضى النص القرآنى ، الذى قصر إباحة الوطء للازواج على زوجاتهم أو ما ملكت أيمانهم ، فمن تجاوز ذلك فهو باغ معتد ، وللحديث الذى أثبت النسب بناءا على الفراش ، وللزان الحجر أى الرجم .

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ، ص ٢٢٩ .

فقه الشيعة الزيدية :

لا يختلف الشيعة الزيدية عن فقه أهل السنة فى أن الركن المادى لجريمة الزنا ، هو الوطء ، وها هو ابن مفتاح يبين ذلك بقوله : حقيقة الزنى الموجب للحد ، وما فى حكمه ، هو ايلاج فرج فى فرج حى محرم، فان كان امرأة فهو الزنى الحقيقى ، وإن كان غيرها ، فهو الذى فى حكمه ، سواء كان ذلك الايلاج فى قبل أو دبر ، بلا شبهة • فقولنا ايلاج احتراز من الاستمتاع بظاهر الفرج ، فانه لا يوجب حدا ، بل تعزيرا • وقولنا فرج ، احتراز من إيلاج أصبع ، فانه لا يوجب حدا بل تعزيرا • وقولنا فى فرج ، احتراز من أن يولج فى غير فرج كالابط والفم ، فانه لا يوجب حدا بل تعزيرا • وقولنا حى ، احتراز من الايلاج فى ميت ، فانه لا يوجب حدا ، بل تعزيرا • وقولنا محرم احترازا من الزوجة والأمة ، فان اتيانهما على غير الوجه المشروع ، لا يوجب حدا ، بل تعزيرا ، حيث أتاهما فى الدبر أو فى الحيض • وقولنا بلا شبهة ، احترازا من وطء أمة الابن ونحوها ، فان ذلك لا يوجب حدا [1] •

يحدد الفقه الزيدى ، الافعال المكونة للركن المادى ، لجريمة الزنا بصورة جلية ، فالوطء الذى تتحقق به الجريمة ، يكون فى قبل الأنثى ، وهو موضع الوطء الذى يقصده الجانى فى العادة ، وفى دبر المرأة ، أى من الخلف أيضا أى أن جريمة الاغتصاب ، تتأتى بمواقعة الرجل للأنثى ، فى القبل أو الدبر بلا فرق ، وهو رأى الفقه المالكى والشافعى والحنبلى •

---

(١) ابن مفتاح ، شرح الازهار ، ج ٤ ، ص ٣٣٦ .

ويقصد بالايلاج ، الاتصال الجنسى التام بين عضو الذكورة وفرج المرأة ، فاذا لم يتم الاتصال بين الرجل والمرأة على هذا النحو ، فلسنا بصدد زنا ، ومن ثم فلا اغتصاب ، وذلك مثل الاستمتاع بفرج المرأة أو بأحد عوراتها .

ويتحقق الوطء المكون لركن المادى ، فى الزنا بالايلاج الفعلى بين عضوى الذكورة والأنوثة ، سواء كان الايلاج للعضو كله أو جزئه ، ويقال هنا ما قيل فى المذاهب الاخرى ، من أن المعول عليه هو تغييب الحشفة أو قدرها فقط ، للقول بتحقيق الايلاج .

واشتراط أن يتم الايلاج بعضو الرجل فى فرج المرأة ، يعنى أنه لا يغنى عن العضو ادخال شىء آخر ، كالأصبع أو نحوه ، لأن جريمة الزنا أو الاغتصاب لا تقوم بغير إيلاج عضو الذكورة فى فرج المرأة ، ولا يصدق على مثل ذلك الفعل اعتباره زنا أو اغتصابا . ومن جانب آخر فانه يجب أن يكون الاتصال الجنسى بعضو الرجل ، فى فرج المرأة ، فلو أدخل عضوه فى موضع آخر ، مثل فم الأنثى ، أو تحت إبطها ، لم نكن إزاء جريمة اغتصاب . لأن الايلاج المعتبر هو الاتصال بين ذكر الرجل وفرج المرأة ، فاذا تخلف أيهما ، لم يقم الركن المادى للجريمة .

وعند الشيعة الزيدية ، يشترط أن يقع الوطء ، من شخص قادر عليه ، فغير القادر عليه ، لا تقع منه الجريمة ، كالصغير والمجنون ، وذلك لعدم التكليف الذى يكون بالبلوغ والعقل . هـذا بالنسبة للرجل ، أما بالنسبة للمرأة ، فيشترط أن تكون صالحة للوطء ، فان لم تكن كذلك ، لم يقم الركن المادى للجريمة ، وهذا معنى قول صاحب

شرح الأزهار أو زنى مع غير مكلف ، كمجنون أو صبى ، فانه يلزمه الحد إذا كان الموطوء صالحا للوطء . فأما لو كان صغيرا ، لا يصلح للوطء ، لم يجب الحد على الفاعل ، بل على الفاعل التعزير وأرش الجناية (١) . وهذا النظر يتفق بوجه عام مع الرأى القانونى الذى يتطلب لقيام الركن المادى للاغتصاب صلاحية الرجل والمرأة للاتصال الجنسى ، بغض النظر عن الأمثلة التى يسوقها شراح القانون فى هذا الموضع .

وليس ثمة مشكلة ، فى نظر المذهب ، فيما يتعلق بجريمة الاغتصاب أن يقال إن قيام الجريمة ، يتطلب اختلاف الجنس ، بأن يكون طرفا الوقاع رجلا وامرأة ، لأن المجنى عليه فى جريمة اغتصاب الاناث هو الأنثى وبالتالى فيكون شرطا فى الركن المادى للجريمة .

ولكى يوجد الركن المادى للجريمة ينبغى أن تكون المرأة على قيد الحياة ، فمواقعة المرأة الميتة ، لا تقوم به الجريمة عند الفقه الزيدى، وهو ما يقول به رجال القانون .

ويتعين لقيام الركن المادى فى الاغتصاب ، أن يتم الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، التى لا تربطه بها علاقة شرعية ، فوطء الرجل للمرأة الاجنبية كرها عنها ، وهى التى لا يرتبط معها بعقد زواج ، تنشأ به جريمة الاغتصاب ، لأنه وطء فرج امرأة محرم .

ويثور التساؤل هنا ، عن اتيان الرجل لزوجته رغما عنها ، حالة وجود عذر شرعى ، كالحيض والنفاس ، أو فى غير الموضع المخصص للجماع ، كأن يطأها فى الدبر ، ويرى الفقه الشيعى الزيدى أن الرجل

---

(١) ابن مفتاح ، شرح الازهار ، جـ ٤ ، ص ٣٣٨ .

يعد آثما بذلك ، ويعاقب بعقوبة تعزيرية ، لكن لا يقوم بهذا الصنيع الركن المادى لجريمة الاغتصاب ، لأن هذا العذر ، لا ينفي صفة الزوجية بينهما ، ولا يؤثر على وجود العقد ، وهو معنى قول ابن مفتاح : وان أتاها على غير الوجه المشروع ، لا يوجب حدا ، بل تعزيرا ، حيث أتاها فى الدبر أو فى الحيض • وإنما وجب التعزير للنهى عنه بمقتضى النصوص [١] •

---

(١) وذلك بنص قوله تعالى : « ولوطا اذ قال لقومه ، اتأتون الفاحشة ، ما سبقكم بها من أحد من العالمين » الاعراف : ٨٠ • وقوله تعالى: « ويسألونك عن المحيض ، قل هو أذى ، فاعتزلوا النساء فى المحيض ، ولا تقربوهن حتى يطهــرن ، فاذا تطهــرن فأتوهن من حيث أمركم الله ، ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين » البقرة : ٢٢٢ •

مقارنة الفقه بالقانون :

يمكن القول أن ثمة تباينا وثمة اتفاقا بين ما قال به شراح القانون والأحكام التى قال بها فقهاء الشريعة ، فى شأن العنصر الاول من عناصر الركن المادى لجريمة الاغتصاب ، وهو الوقاع أو المعاشرة الجنسية .

وإن أول ما يلفت الانتباه ، فى خصوص أوجه الاختلاف بين الفقه الشرعى والرأى القانونى ، أن الفقه الشرعى ينطلق من حقيقة مؤكدة وقاطعة ،هى اعتباره أن محل الوطء أو الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة فى غير علاقة زواج ، يعد زنا يوجب الحد ، ولا عبرة بعد ذلك لارادة الرجل والمرأة ، فاتفاقهما على الاتصال الجنسى ورضائهما به ، لا يغير من الموقف شيئا ، ولا يعفيهما من العقوبة المشددة وهى الحد ، متى توفرت شروط الزنا .

أما النظر القانونى ، فانه لا يؤثم ، ولا يجرم الصلة الجنسية بين الرجل والمرأة إذا كانت بالرضا والاتفاق بينهما ، ولم تنطو على خيانة زوجية ، لأن المشرع القانونى ، ينطلق من حقيقة مؤكدة ، هى حماية الحياة الجنسية لافراد المجتمع ، على ألا تخل بحق ثابت أو منصوص عليه .

ويسهل إبراز حقيقة التباين بين الموقفين ، فى مقارنة تعريف الزنا ، فى الفقه الشرعى ، والنظر القانونى ، فاذا كان الزنا فى المعنى الشرعى :

وطء الرجل المرأة ، فى غير نكاح أو شبهة نكاح (١) • فانه الزنا فى نظر شراح القانون هو : اتصال شخص متزوج — رجلا أو امرأة — اتصالا جنسيا بغير زوجه •• فجوهر الجريمة ليس الاتصال الجنسى فى ذاته ، ولكن ما ينطوى عليه هذا الاتصال من اخلال بالاخلاص الزوجى، وهو ما لا يتصور أن يصدر ، إلا عن شخص ملتزم بذلك (٢) • ومفهوم ذلك أن الاتصال الجنسى الذى لا يخل بهذا الالتزام ، ويكون عن تراض ، لا يعد زنا ، وإنما حرية ثابتة للشخص ، يسبغ عليها القانون حمايته ، ومن نافلة القول نفى العقوبة تأسيسا على اباحة الفعل فى أمثال هذه الحالات •

وموطن التباين بين الفقه الشرعى والنظر القانونى ، أن حماية الأعراض والأنساب ، حق لله تعالى ، ومن ثم فانها تجمع حق المجتمع وحق الفرد ، وتعد مصلحة اجتماعية وفردية فى ذات الوقت ، لذلك اعتبر حماية العرض مقصدا من مقاصد الشريعة الاسلامية الخمس ، وكان الحد المقرر عقوبة على المعتدى على الأعراض ، حقا لله تعالى • بينما الأمر فى النظر القانونى على غير ذلك ، إذ أنه لا مجال لحق الله تعالى فى هذا النظام لأن المشرع فيه هو البشر ، كما أن العلة فى التجريم، ليس الا حماية حقوق الزوجية ، وهو تعبير عن نظر قاصر ، وأساس واه لا يحمى العفة والطهارة فى أقدس مقدسات الانسان ، وهى حماية عرضه ، ونسله ، ومن ثم كانت الغلبة للحرية الجنسية •

---

(١) انظر التعريفات التى قال بها فقهاء الشريعة •

(٢) د• محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق ، صفحة ٤٦٠ •

ومن هذا التباين ، نشأ تباين آخر بين الفقه الشرعى ، والنظر القانونى وهو وحدة النظرة فى مجال الجرائم الجنسية ، فلا فرق بين الزنا والاغتصاب من حيث المناط فى التجريم ، ومن حيث المصلحة المحمية ، فهى حماية العرض والنسب فى كل الأحوال ، والاعتداء فيهما اعتداء على حق الله تعالى ، لذلك كان الركن المادى فى الزنا ، هو الركن المادى فى الاغتصاب ، عدا أن الوقاع أو الاتصال الجنسى فى الاغتصاب ، يكون بغير رضاء صحيح من المرأة أو كرها عنها ، لذلك فان تجريم الاغتصاب تأسيسا على انتهاك العرض والنسب ، متسقا مع الصنعة الفقهية ، ومع اعتبارات العدالة والمصلحة ، ومحققا للردع والزجر حماية لحق الله تعالى والفرد والمجتمع .

وعلى الجانب الآخر ، فان النظر القانونى ، ينحو نحو الازدواجية فى مجال الجرائم الجنسية ، إذ أن ثمة فرقا واضحا بين الزنا والاغتصاب من حيث حقيقة كل منهما ، ومن حيث المصلحة التى يسبغ عليهـا حمايته ، ومن حيث المناط فى التجريم ، ومن ثم من حيث الركن المادى فى كل منهما ، والنتيجة شيوع الزنا ، وتفشى ظاهرة الاغتصاب فى المجتمعات المعاصرة ، فى ظل الحرية الجنسية المقررة قانونا ، وهو تناقض بين ، يحتاج بالقطع إلى إعادة نظر .

فاذا ما تجاوزنا هذه النقطة ، إلى تحليل الركن المادى فى كل من الفقه الاسلامى ، وقانون العقوبات ، نجد أن هذا الركن ، هو فعل الوطء بالتعبير الفقهى ، أو الوقاع أى الاتصـال الجنسى بالتعبير القانونى ، ويشترط لقيام الركن المادى أن يكون الوطء أو الوقاع تاما ، فكل ما لا يرقى إلى الاتصال الجنسى ، لا تقوم به الجريمة ،

كمس أعضاء المرأة أو امتهان عوراتها ، أو ادخال أصبعه فى فرجها ، ومن ذلك أيضا تلقيح امرأة صناعيا ، لأن هذا الفعل لا ينطوى على ايلاج ، لعضو الذكورة فى فرج المرأة .

على أن الركن المادى لجريمة الاغتصاب فى نظر جمهور الفقهاء يتحقق بايلاج الرجل عضو ذكورته ، فى العضو الطبيعى للمرأة وهو القبل ، وغير الطبيعى وهو الدبر أو من الخلف ، وهذا ما ذهب إليه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة [1] . وهو ما يخالف الرأى القانونى ، الذى يقصر الركن المادى للاغتصاب على الموضع الطبيعى ، وهو مكان التناسل والتوالد فى المرأة ، فاتيان المرأة من الخلف ، لا يقوم به الركن المادى للاغتصاب .

وهذا النظر يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية ، حيث إن الزنا عندهم ، هو وطء الرجل المرأة فى القبل أى الموضع الطبيعى ، فلا وجود للركن المادى للجريمة عندهم فى إتيان المرأة من الخلف .

ويتفق الفقه الشرعى ، والمنحى القانونى ، فى أنه يكتفى فى الركن المادى بادخال حشفة الذكر أو قدرها ، للقول بوجود الاتصال الجنسى ولا يشترط الانزال فيه ، كما لا يشترط أن يكون الايلاج كاملا .

وليس ثمة اختلاف بين الشريعة والقانون ، فى اشتراط أن يكون الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، فى خصوص جريمة اغتصاب

---

(١) يقول الشيرازى : وما يجب بالوطء فى الفرج من الحد ، يجب بالوطء فى الدبر ، لانه فرج مقصود ، فتعلق الحد بالايلاج فيه كالقبل ، ولانه اذا وجب بالوطء فى القبل وهو مما يستباح فلان يجب بالوطء فى الدبر ، وهو مما لا يستباح أولى . المهذب ، ج ٢ ، ص ٢٤٢ .

الاناث ، لأن الجانى فيها هو الرجل ، والمجنى عليها هى المرأة ، فهى قائمة على اختلاف الجنس . والنظر فى حقيقة الزنا ، نجد أن المتبادر إلى الذهن ، والذى يتفق مع حقائق الاشياء ، ودلالة المصطلحات ، أن الزنا يقع بين المختلفين فى الجنس أى بين الرجل والمرأة ، ألا ترى أن الله تعالى قال : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ... » الآية النور : ٢ فالزانية هى المرأة ، والزانى هو الرجل ، فهو من ثم فعل رجل وامرأة ، ولأن اتصال الرجل بالرجل يطلق عليه اللواطة ، واتصال المرأة بالمرأة ، يطلق عليه السحاق ، واختـلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى .

ويتفق الفقه والقانون ، فى اعتبار أن الفاعل الاصلى فى جريمـة الاغتصاب هو الرجل ، لأنه صاحب المبادأة فيها ، وينظر الفقه الشرعى للرجل على أنه الزانى ، لأنه الفاعل للوطء ، والقائم بالدور الايجابى فيها ، بينما تعتبر المرأة موطوءة لا واطئة ، ودورها يقتصر على التمكين فهو دور سلبى لا إيجابى : وهذا النظر — فيما اعتقد — يصدق فقط على جريمة الاغتصاب حيث تصادر فيه إرادة المرأة ، وتجبر على مواقعة الرجل ، أما تكييف دورها بوجه عام ، فهى شريكة الرجل فى الزنا ، وهى طرف من طرفين لا يمكن أن يتحقق الزنا بدونه .

وبالنسبة لاشتراط القدرة على الاتصال الجنسى ، فان الركن المادى لا يتأتى عند الفقهاء من الصبى ، لأنه لا يتمكن من الوقاع ، ولأن التكليف بالبلوغ والعقل شرط لتجريم فعل الوقاع الصادر عنه ، ويتفق القانون مع فقهاء الشريعة فى ذلك . وفيما يتعلق بالمرأة ، فيبدو أن وطء الرجل للمرأة المريضة أو المصابة بعيب جنسى لا يحول دون

الايلاج يقوم به الركن المادى للجريمة ، فى الفقه الشرعى ، أما الرأى القانونى فانه يعتبر المرأة غير مؤهلة للاتصال الجنسى ، ولا يترتب على هذا الاتصال نشأة الركن المادى لجريمة الاغتصاب .

ويشترط قانون العقوبات ، فى المجنى عليها ، أن تكون على قيد الحياة ، ليكون لها إرادة تعبر عنها ، ولأن الغرض هو حماية الحرية الجنسية للمرأة ، وهى مفتقدة فى المرأة المتوفاة ، فالاتصال الجنسى بامرأة متوفاة ، لا يقوم به الركن المادى لجريمة الاغتصاب . وهذا النظر يقول به فقهاء الحنابلة والشافعية ، فالوطء الذى تقوم به الجريمة ، هو الذى يكون فى فرج آدمى حى (١) ، فوقاع المرأة الميتة لا يقوم به الركن المادى لجريمة الاغتصاب . وفى رأى بعض الفقهاء أن مواقعة الأنثى الميتة ، يقوم به الركن المادى للجريمة ، ويعد الفعل زنا .

ولا فرق بين الفقه الشرعى ، والنظر القانونى ، فى أنه لا تأثير للاوصاف التى تكون عليها المرأة ، فى تحقق الركن المادى لجريمة الاغتصاب ، فالصبية التى يجامع مثلها كالكبيرة ، والبكر كالثيب ،

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ ٦ ، ص ٩٥ . ويقول ابن قدامة : وان وطىء ميتة ففيه وجهان : احدهما : عليه الحد ، وهو قول الاوزاعى لانه وطء فى فرج آدمية ، فاشبه وطء الحية ، ولانه اعظم ذنبا واكثر اثما ، لانه انضم الى الفاحشة هتك حرمة الميتة . والثانى : لا حد عليه وهو قول الحسن . قال ابو بكر وبهذا اقول ، لان الوطء فى الميتة ، كالوطء لانه عضو مستهلك ، ولانها لا يشتهى مثلها ، وتعافها النفس ، فلا حاجة الى شرع الزجر عنها ، والحد انما وجب زجرا .
المغنى ، جـ ٨ ، ص ١٨١ . ويقول الخطيب : ولا حد بوطء ميتة فى الاصح .

وحسنة السمعة كسيئة السمعة ، والخليلة كغير الخليلة ، فالاتصال الجنسى بالمرأة فى هذه الاحوال ونحوها ، رغما عنها ، تقوم به جريمة الاغتصاب .

ولا عبرة أيضا بالبواعث ، فالنوايا الحسنة لا تؤثر على قيام الجريمة كأن يقصد الرجل من الاتصال الجنسى ، الزواج بالمرأة ، أو جمع شمل الاسرة ، وعليه فان الركن المادى للجريمة يكون متحققا .

ويثور فى هذا الصدد ، اتصال الرجل بزوجته بغير رضاها ، فى حالة وجود عذر شرعى كالحيض أو النفاس أو الصوم أو الاعتكاف أو الاحرام وغيرها ، وما إذا كان ذلك يعد اغتصابا ؟ وقد رأينا أن بعض شراح القانون ، لا يبيح للزوج معاشرة زوجته ، ويعتبر فعله اغتصابا (١) .

وهذا نظر يخالف فيه فقهاء الشريعة ، فمن وطىء امرأته فى حيض أو نفاس أو دبر ، فلا حد ، لأن الوطء قد صادف ملكا (٢) مصدره العقد الصحيح ، المبيح لأصل الحل . وهو ما أكده ابن حزم بقوله : من وطىء فراشا مباحا فى حال محرمة ، كواطىء الحائض والمحرمة والصائم فرضا والصائمة كذلك والمعتكف والمعتكفة والمشركة ، فهذا عاص وليس زانيا باجماع الأمة كلها ، إلا أنه وطىء فراشا حرم بوجه ما ، فاذا ارتفع ذلك الوجه ، حل له وطئها (٣) . فالركن المادى لجريمة

---

(١) د. احمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٦٣٥ .

(٢) البهوتى ، كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٩٦ .

(٣) ابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ، ص ٢٢٩ . انظر الخطيب من الشافعية يقول : ولا حد بمفاخذة ووطء زوجته وامته فى حيض وصوم واحرام . مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ١٤٤ .

الزنا ، ومثله الاغتصاب غير متوفر فى هذه الحالات ، وهذا لا يخل بمسئوليته مسئولية تعزيرية •

وثمة اتفاق بين الشرع والقانون ، فيما يتعلق بشرط المشروعية ، إذ أن الركن المادى لجريمة الزنا ، والاغتصاب كذلك ، لا يقوم إلا بأن تكون المرأة غير زوجة للرجل ، ويعد عقد الزواج بمفهومه وضوابطه الشرعية هو المحدد لنطاق المشروعية ، الأمر الذى يعنى أن كل اتصال جنسى بين الرجل والمرأة فى غير عقد الزواج الصحيح ، يشكل الركن المادي لجريمة الاغتصاب إذا كان بغير رضا المرأة •

ومفاد ذلك أن مواقعة الرجل للانثى بغير رضاها ، فى ظل عقد زواج باطل ، كالزواج بخامسة ، أو بمتزوجة ، أو بمعتدة ، أو زواجه بالمطلقة ثلاثا ، يجعل الفعل اغتصابا ، لأن الفعل صدر من أهله مضافا إلى محله ، فالرجل من أهل الحد ، والمرأة محرمة عليه ، حيث إنه وطء فى فرج امرأة من غير ملك ولا شبهة ملك • وهو رأى الشافعى وأحمد ، لما روى عن على عليه السلام أنه رفع إليه امرأة تزوجت ، ولها زوج كتمته فرجمها وجلد زوجها الآخر مائة جلدة (١) • وهو رأى المالكية أيضا ، فمن واقع امرأة فى زواج فاسد باتفاق ، كالجمع بين الاختين ، ونكاح خامسة ، ونكاح ذوات المحارم من النسب أو الرضاع ، أو تزوج فى العدة ، أو ارتجاع من ثلاث دون أن تتزوج غيره أو شبه ذلك ، فيحد فى ذلك كله (٢) •

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٨ ، ص ١٨٣ •

(٢) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٣٠٣ •

ويخالف أبو حنيفة فى ذلك : فإذا تزوج معتدة الغير فوطئها ، لا حد عليه ، لوجود لفظ النكاح من الاهل فى المحل ، وأنه يوجب شبهة ، وكذلك إذا نكح محارمه أو الخامسة ، أو أخت امرأته ، فوطئها لا حد عليه عند أبى حنيفة ، وإن علم بالجريمة ، وعليه التعزير وعندهما والشافعى عليه الحد . والأصل عند أبى حنيفة ، أن النكاح إذا وجد من الأهل مضافا إلى محل قابل لمقاصد النكاح ، يمنع وجوب الحد ، سواء كان حلالا أو حراما ، وسواء كان التحريم مختلفا فيه ، أو مجمعا عليه ، وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالجرمة . والاصل عندهما أن النكاح إذا كان محرما على التأبيد ، أو كان تحريمه مجمعا عليه ، يجب الحد . وإن لم يكن محرما على التأبيد ، أو كان تحريمه مختلفا فيه ، لا يجب عليه (١)

ومحصلة ذلك ، أن وقاع الرجل للانثى بغير رضاها ، فى هذه الحالات يشكل جريمة اغتصاب ، عند جمهور الفقهاء مالك والشافعى وأحمد وأبو يوسف ومحمد من فقهـاء الحنفية ، ولا يعتبر الامام أبو حنيفة هذه الجريمة من قبيل الاغتصاب ، وإنما يعتبرها جريمة تعزيرية .

ويترتب على ذلك أنه إذا واقع الرجل أنثى بغير رضاها ، فى عقد زواج مختلف فى صحته ، لا يعد فعله اغتصابا ، كأن يواقع امرأة فى عقد زواج بغير شهود ، أو فى زواج المتعة ، أو الزواج بدون ولى ، أو زواج الاخت فى عدة أختها البائن ، وزواج الخامسة فى عدة الرابعة

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٣٥ .

البائن ، وزواج المجوسية (١) ، ونحو ذلك . لأن الاختلاف بين الفقهاء في حكم هذا العقد ما بين صحيح وفاسد ، يورث شبهة ، فلا تصير الجريمة اغتصابا ولا تعد من جرائم الحدود .

---

(١) وهو ما يذهب اليه فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية ، والحنابلة .

يقول الكاسانى : وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود ، أو بغير ولى عند من لا يجيزه لا يوجب الحد ، لأن العلماء اختلفوا ، منهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية ، فاختلافهم يورث شبهة . بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ٣٥ .

ويقول الخطيب : وكذا كل جهة اباحة ، اى قال بالوطء بها عالم ، كنكاح بلا شهود فقط ، كما قال به مالك ، أو بلا ولى فقط ، كما قال به ابو حنيفة ، أو بولى وشهود ، ولكنه مؤقت ، وهو نكاح المتعة ، كما قال به ابن عباس ، لا حد بالوطء فيه على الصحيح . مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، صفحة ١٤٥ .

ويقول ابن جزى : الا يفعل ذلك بشبهة ، فان كان بشبهة سقط الحد مثل ... أو ان يكون نكاحا فاسدا مختلفا فيه ، كالنكاح دون ولى ، أو بغير شهود اذا استفاض واشتهر .

القوانين الفقهية ، ص ٣٠٣ .

ويقول ابن قدامة : ولا يجب الحد بالوطء فى نكاح مختلف فيه ، كنكاح المتعة والشغار والتحليل ، والنكاح بلا ولى ولا شهود ، ونكاح الاخت فى عدة اختها البائن ، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة البائن ، ونكاح المجوسية ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، لان الاختلاف فى اباحة الوطء فيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، أن الحدود تدرأ بالشبهة .

المغنى ، جـ ٨ ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ .

عدم الرضا بالمعاشرة الجنسية

من المتيقن به ، أن اكراه الرجل الجانى للمرأة المجنى عليها ، على الوطء ، أو الاتصال الجنسى ، وهو العنصر الحاسم والمميز ، فى نقل الجريمة ، من الزنا إلى الاغتصاب ، وبدونه لا يمكن اضفاء مصطلح اغتصاب الاناث على فعل الوطء ، إذ أن الجريمة تعد زنا • ومن هنا تأتى أهمية توافر هذا العنصر ، فى الركن المادي للاغتصاب •

ولا شك أن الاكراه (١) ، ليس هو الوسيلة الوحيدة ، الذى ينتفى بها رضا المرأة بالوطء ، ويؤثر على اختيارها ، فهناك وسائل أخرى من شأنها أن تصادر إرادة المرأة ، وتجعلها تقبل الاتصال الجنسى ، مثل النوم والجنون وحالة الضرورة والاضطرار ، وقد عرضنا لها عند الكلام عن ماهية جريمة اغتصاب الاناث عند فقهاء الشريعة ، وقلنا أن هذه الوسائل يتحقق بها الاغتصاب كالاكراه •

وقد جعل الشارع الصغر والجنون والنوم والاغماء عوارض تؤثر على الاهلية ، وتنافى قدرة الشخص على الرضا والاختيار الصحيح ، وفى السكر خلاف •

---

(١) التعبير بالاكراه بدلا من عدم الرضا الذى يشمل فى دلالته الوسائل الاخرى ، لان مفهوم عدم الرضا ، قد يوهم أن الرضا بالوطء او المعاشرة ، لا يجعلنا بصدد جريمة يعاقب عليها بالحد ، اذ ان الرضا بالاتصال الجنسى لا قيمة له ولا يعتد به فى المفهوم الشرعي ، ويعاقب عليه الرجل والمراة بعقوبة الحد ، وهى الجلد أو الرجم .

وقد أبانت السنة عن أثر بعض هذه الوسائل ، فى حديث الرسول ـ ﷺ ـ رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبى حتى يحتلم • ورفع القلم المعبر عنه فى الحديث يقتضى رفع التكليف عن النائم والمجنون والصبى،لأنه ليس لديه قدرة على الاختيار فهو بلا عقل ولا قصد ، فتفوت القدرة على الاداء ، والاختيار الصحيح •

أولا ـ النـــوم :

فالنوم وهو عجز عن استعمال القدرة لفترة عارضة ، مع قيام عقله ، أى أنه لا يقدر على استعمال الادراكات الحسـية ، ليدرك المحسوسات ، ولا يقدر على استعمال نور العقل ، ليدرك المعقولات ولا يقدر أيضا على أفعاله الاختيارية التى هى أحواله (١) • لذلك فان مواقعة الرجل المرأة وهى نائمة ، ينطوى على اغتصاب ، لعدم قدرتها على الارادة والاختيار ، وفقدها الادراك الحسى والعقلى •

ثانيا ـ الجنون والاغماء :

والجنون آفة تحل بالدماغ ، بحيث تجعل المجنون ، يأتى بأفعال ، على خلاف مقتضى العقل ، وهو ينافى القدرة على الرضا والقصد ، ولهذا لم يصح التكليف فى حقه بوجه ، لعدم العقل ، إلا فى حقوق العباد (٢) • فهو يزيل الرضا ويعدم الاختيار ، لذلك تقوم به جريمة الاغتصاب ، لستر العقل فيه •

---

(١) النسفى كشف الاسرار ، جـ ٢ ، ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ •

(٢) النسفى ، كشف الاسرار ، جـ ٢ ، ص ٤٨٤ •

والاغماء ، وهو ضرب مرض يضعف القـوى ، ولا يزيل الحجى — العقل — بخلاف الجنون ، فانه يزيله ... وهو كالنوم فى فوته الاختيار ، وفوت استعمال القدرة ، حتى بطلت عبارته ، بل أشد منه ، لأن النوم فترة أصلية لا يخلو الانسان عنه ، والاغماء عارض ، فقد يعترض انسانا دون إنسان فكان الاغماء فى العارضـة ، أقوى من النوم ، وأشد منه فى فوت القوى ، لأن النائم ، إذا نبـه تنبـه ، ولا كذلك المغمى عليه (١) . ولما فى الاغماء من هذا الاثر على إرادة المغمى عليه ، وهو المرأة فى جريمة الاغتصاب ، فالمرأة المغمى عليها ، التى يواقعها الرجل ، ليس لها قدرة على التعبير عن الرضا ، ولا اختيار لها بين القبول بالاتصال الجنسى أو المقاومة .

ولبيان أثر هذه العوارض ، على أهلية الشخص ، وأنها تحجب الاداة المفكرة فى الانسان ، وهى عقله فتعطل إرادته ، وتسلب اختياره، قال الشيخ أبو إسحاق : العقل صفة يميز بها الحسن والقبيح . وقال بعضهم : العقل يزيله الجنون والاغماء والنـوم . وقال الغزالى : الجنون يزيله ، والاغماء يغمره ، والنوم يستره (٢) .

ولما كان لهذه الآفات ، من ذلك التأثير ، فى انتفاء الرضا ، وفساد الاختيار فانها تأخذ حكم الاكراه ، فى قيام الركن المادى لجريمـة الاغتصاب .

---

(١) النسفى ، كشف الإسرار ، جـ ٢ ، ص ٤٨٩ .
(٢) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٣٣ .

ثالثا — السكر :

أما السكر ، وهو سرور يغلب الشخص ، فان كان من مباح كشرب الدواء ، وشرب المكره ، والمضطر ، فهو كالاغماء ، فيمنع صحة الطلاق والعتاق وسائر التصرفات • وإن كان من محظور ، فلا ينافى الخطاب، ويلزمه أحكام الشرع ، وتصح عباراته بالطلاق والعتاق والبيع والشراء والاقارير لا الردة ، والاقرار بالحدود الخاصة (١) • يفرق الحنفية طبقا للنص ، بين السكر بتعاطى المباح كدواء ، أو بالاكراه على الشرب، أو أن يكون السكران قد سكر لوجود حالة ضرورة ، كما لو جاءته غصة ، ولم يجد ماءا ، فشرب مسكرا ، ففى هذه الحالات ، يكون حكمه حكم المغمى عليه ، فى نفى الرضا ، وفساد الاختيار • وعليه فلو وطأ رجل امرأة ، سكرت بمباح ، فان الركن المادى للاغتصاب قائم ، ولا إثم عليها ، ولا عقوبة •

أما لو تعاطت المرأة المحرم ، فسكرت ، كما لو شربت الخمر ، وواقعها الرجل ، وهى على هذه الحالة ، فانها تعد زانية كالرجل ، ويقام عليه وعليها الحد ، لأنها تعاطت محظورا منهيا عنه وهو الخمر ، وارتكبت جريمة أخرى وهى الزنا ، فتعاقب بعقوبة الحد ، لأن السكر بالمحرم ، وهو الطريق الموصل لارتكاب الزنا ، ولولا شربها الخمر لما واقعت الرجل ، وتمكن منها ، فمسلكها الارادى فى تعاطى المسكر المحرم ، يعنى رضائها بالنتائج المترتبة عليه ، وهو هنا ارتكاب الزنا ، وبمعنى اخر ، فان جريمة الاغتصاب تقوم بسكر المرأة بمباح ، لغياب

---

(١) النسفى ، كشف الاسرار ، ص ٥٣٦ ، ٥٣٧ • انظر ايضا : ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٣١٠ •

عقلها ، وفقد وعيها ، ولا تقوم جريمة اغتصاب عند سكرها بمحرم ، وانما تعد جريمة زنا فقط •

ولا ينطبق هذا الحكم ، إذا أكره الرجل المرأة على الشرب المحرم فلو سكرت نتيجة تعاطيها نه ، واتصل الرجل بها جنسيا ، قامت جريمة الاغتصاب ، وليس على المرأة من إثم ، ولا عقوبة عليها •

والسكران عند الشافعى ، هو الذى اختلط كلامه المنظوم ، وانكشف سره المكتوم ، وقال ابن سريج : الرجوع فيه إلى العادة ، فاذا انتهى تغيره إلى حالة يقع عليه اسم السكران ، فهو المراد بالسكران •

وثمة اختلاف فى المذهب بين اعتبار السكران مكلفا ، أو غير مكلف، فالبعض وهم الاصولويون يرون أنه غير مكلف ، وأن تصرفاته باطلة مطلقا • والبعض الآحر من الفقهاء ، يرونه أنه مكلف ، وأن حكمه هكم الصاحى فيما له وعليه (١) •

ومن هذا نعلم أن الركن المادى للاغتصاب ، وهو الذى يتأتى بمواقعة الرجل للمرأة رغما عنها ، متحقق عند بعض الشافعية ، إذا اتصل الرجل جنسيا بالمرأة السكرانة ، لانها مسلوبة الارادة والاختيار إذ أن المكلف هو الشخص الذى يملك القدرة على الادراك والاختيار ، وحيث اعتبر الاصوليون السكران غير مكلف ، فانه يكون فاقد الرضا فاسد الاختيار ، فنكون بصدد اغتصاب من جانب الرجل ولا عقاب على المرأة ، لعدم قصدها ارتكاب الجريمة • أما على رأى البعض

---

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٤٠ وما قبلها ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

الآخر ، فان السكر لا ينفى التكليف ، ولا يحول دون المؤاخذة ، فاذا اتصل الرجل جنسيا بالمرأة السكرانة حال سكرها ، فانهما يعدان مرتكبين لجريمة الزنا ، ويعاقبان بعقوبة الحد عن ارتكاب الزنا ، لأن السكر عمل إرادى ، يتم برضا واختيار المرأة ، فتلزمها آثاره ، ولا يعد مغتصبا لها •

رابعا — الصغر :

وهو حالة طبيعية تقوم بالشخص ، فالصبى غير مخاطب بالاحكام لأنه غير مكلف ، طبقا لحديث رفع القلم ، وتطبيقا لذلك ، فانه لا تكليف — لا يجب — عليه بشىء من العبادات ، حتى الزكاة عندنا ، ولا بشىء من المنهيات ، فلا حد عليه ، وفعل شىء منها ، ولا قصاص عليه ، وعمده خطأ (١) • وعلى هذا فان مواقعة الرجل لصبية غير مميزة ، ينطوى على اغتصاب ، وبعد وطؤه لها ركنا ماديا تقوم به جريمة الاغتصاب ، ولا يؤثر على ذلك رضاء الصبية بالاتصال الجنسى ، إذ أن رضاءها لا يعتد به ، ولا يؤبه له ، لانها عديمة العقل والتمييز ، فليس لها إرادة لانعدامها بالصغر •

كذلك الشأن إذا واقع الرجل صبية مميزة ، يجامع مثلها ، كانت مواقعته لها اغتصابا ، لأن الصبا فى حقها عذر مسقط ، لنقصان عقلها ، فيسقط بالصبا ما يحتمل السقوط عن البالغ (٢) •

ويتفق الفقه على أن للصبى ومثله الصبية ، له أحكام خاصة به ، تميزه عن البالغ ، وتتأثر مسئوليته تبعا لها ، مردها إلى انتفاء

(١) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٣٠٦ •
(٢) النسفى ، كشف الاسرار ، ص ٤٧٨ •

الرضا والاختيار لديه ، والفقهاء يطلقون مصطلح الصبى على من لم يبلغ . وثمة مقررات شرعية لا يلحق فيها بالبالغ ، بلا خلاف ، وذلك فى التكاليف الشرعية ، من الواجبات والمحرمات ، والحدود والتصرفات ، من العقود والفسوخ والولايات (١) .

ومحصلة ذلك أن الصغر من عوارض الاهلية ، فهو يؤثر على الادراك والاختيار ، ولا يجعل للصبية إرادة واختيارا فى الوطء ، ويرفع عنها عقوبة الفعل ، ويؤاخذ الرجل المواقع لها ، على أساس ارتكابه لجريمة اغتصاب .

وإذا كانت بعض هذه العوارض ، التى تسلب الرضا ، وتفسد الاختيار تتعلق بالاغتصاب ، فان هذه الوسائل ليست كل الوسائل التى نص عليها علماء الشريعة (٢) ، ومن جهة أخرى فان بعض الوسائل المستجدة ، والتى لم توجد فى عصر الفقهاء والاصوليين ، يمكن أن تلحق بما يشابهها من هذه الوسائل ، مثل التنويم المغناطيسى فانه أشبه بالنوم ، وأقرب إليه ومن ثم يلحق به . وبالتالى فان مواقعة الرجل لامرأة خاضعة للتنويم المغناطيسى ينشأ به الركن المادى لجريمة الاغتصاب .

ويمكن القول بأن مباغتة الرجل للمرأة ، باتصاله بها فجأة ، رغما عنها ، تقوم به جريمة الاغتصاب ، لانه لا إرادة لها فى وقوع فعل الوطء ، كذلك فانه لو خدعها واتصل بها جنسيا ، بأن استخدم طرقا

---

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٤٠ .

(٢) فهناك وسائل أخرى كالجهل والهزل ، والعته والخطأ والنسيان وغيرها مما سنعرض لبعضها فى حينه .

احتيالية للوصول إلى مقصوده فى مواقعتها ، يقوم به الاغتصاب ، لانه ما استخدم هذه الطرق ، إلا لعلمه بعدم رضائها عن الزنا ، فانه لو علم رضاها به ، لما توسل بهذه الوسائل فيكون رضاها بالمواقعة منفيا لذلك فان فعله يعد منطويا على اغتصاب ، يقوم به الركن المادى للجريمة .

خامسا — الاكراه :

الاكراه ، هو الوسيلة التى يسلكها الجانى — فى الغالب — لمواقعة الأنثى رغما عنها ، وبه يتحقق للجانى مقصده من الاتصال الجنسى بالمرأة ، بعد أن يفقدها القدرة على المقاومة ، وهو ليس على درجة واحدة ، فمنه ما يكون شديد الوطأة على المجنى عليها ، بحيث يعدم إرادتها ، ويجعلها مسلوبة الاختيار . ومنه ما يبقى للمجنى عليها ، على بعض الاختيار ، بأن يكون لديها القدرة على التصرف بوجه ما .

ولاهمية الاكراه وأثره على الارادة ، فقد أفرد له الفقهاء المباحث الخاصة به :

عند الحنفية :

يعرف الاكراه بأنه : الالزام والاجبار على ما يكره الانسان طبعا أو شرعا . فيقدم عليه مع عدم الرضا ، ليدفع عنه ما هو أضر منه [١] .

---

(١) الموصلى ، الاختيار ، جـ٢ ، ص ١٤٥ .

والاكراه نوعان : نوع يوجب الالجاء والاضطرار طبعا ، كالقتل والقطع والضرب الذى يخاف فيه تلف النفس أو العضو ، قل الضرب أو كثر .. ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد ، وانه غير سديد ، لأن المعول عليه تحقق الضرورة ، فاذا تحققت ، فلا معنى لصورة العدد ، وهذا النوع يسمى اكراها تاما . ونوع لا يوجب الالجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه التلف ، وليس فيه تقدير لازم ، سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الاشياء ، أعنى الحبس والقيد والضرب ، وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها ناقصـــا (١) .

ويبين فقهاء الحنفية من يقع منه الاكراه ، أو من يقدر عليه ، فالاكراه يثبت حكمه ، إذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به ، سلطانا كان أو لصا . ولأن الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره ، فينتفى به رضاه ، أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعـــد به ، وذلك انما يكون من القـــادر والسلطان وغيره سيان ، عند تحقق القدرة . والذى قاله أبو حنيفة : أن الاكراه لا يتحقق إلا من السلطان ، لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ، فقد قالوا : هذا اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان ، ولم تكن القدرة فى زمنه ، إلا للسلطان ، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله . ثم كما تشترط قدره المكره لتحقق الاكراه ، يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به ، وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ، ليصير به محمولا ، على ما دعى إليه من الفعل (٢) .

---

(١) الكاسانى ، بدائع ، جـ٢ ، ص ١٧٥ .
(٢) المرغينانى ، الهداية ، جـ٣ ، ص ٢٧٥ .

أما تأثير الاكراه على الارادة ، وأثره فى المكره عليه ، فيظهر فى قول النسفى : والاكراه ، وهو إما أن يعدم الرضا ، ويفسد الاختيار : وهو الملجىء • كالاكراه بالقتل • أو يعدم الرضا ، ولا يفسد الاختيار وهو الذى لا يلجىء كالاكراه بالحبس • أو لا يعدم الرضا ، وهو أن يهتم بحبس أبيه أو ابنه ، وما يجرى مجرى ذلك ، وفى جميع الصور ، انما يتحقق الاكراه إذا تيقن ، أو غلب على ظنه ، أنه لو لم يفعل ما أمر به ، لاجرى عليه ما هدده ، وإن غلب على ظنه أنه تخويف وتهديد لا تحقيق ، لايكون مكروها (١) •

والاكراه وفق أقوال فقهاء الحنفية ، تقع به جريمة الاغتصاب ، إذ يجبر فيه الجانى المرأة ، على الوطء ، ولولا هذا الاكراه لما أقدمت المرأة على الرضا بالمواقعة ، وتمكين الرجل منها •

وينقسم الاكراه عندهم إلى اكراه تام أو كامل ، وهو ذلك النوع من الاكراه الذى يعدم الرضا ، ويفسد الاختيار ، ويكون بحمل الجانى المكره على الوطء ، بالتهديد بالقتل أو القطع أو الضرب الذى يخشى فيه التلف • ويمكن القول بأن هذا هو الاكراه المادى •

والاكراه الناقص أو غير الملجىء ، وهو ذلك الاكراه الذى يعدم الرضا ، ولا يفسد الاختيار ، ويكون بارغام الرجل المرأة على الوطء بتهديدها بالحبس أو القيد أو الضرب الذى لا يخشى فيه التلف •

ومن صور هذا الاكراه ، أن يهدد الرجل المرأة بحبس شخص وثيق الصلة بها كأبيها أو ابنها ، ونحو ذلك ، كالاضرار بسمعتها ، أو مالها ويمكن أن نطلق على هذا الاكراه ، الاكراه المعنوى •

---

(١) النسفى ، كشف الاسرار ، جـ٢ ، ص ٥٦٩ ، ٥٧٠ •

ويلاحظ أن الاكراه فى هذه الصور ، إذا وقع من الرجل على المرأة وقام بتهديدها بوسيلة من الوسائل المذكورة ، فاننا نكون بصدد اغتصاب ، ويتوفر بذلك الركن المادى للجريمة ، سواء كان اكراها تاما أو ناقصا . ذلك أن الاكراه فى حق المرأة ، لا فرق فيه بين الاكراه التام والناقص (١) ، إذ هو فعل ينتفى فيه الرضا من جانب المرأة ، وهو كاف فى صدد هذه الجريمة ، لانه يشل إرادة المرأة ، ويعجزها عن المقاومة .

ويحدد فقهاء الحنفية ، المعيار الذى يتحقق به الاكراه التام ، وهو ما يطلق عليه قانونا الاكراه المادى ، بأن يكون الاكراه بوسيلة تلجىء المرأة وتضطرها إلى مواقعة الرجل ، بألا يكون أمامها خيار لدفع الهلكة عن نفسها ، أو سلامة أعضائها ، إلا بالرضوخ والاستسلام للجانى لمواقعتها . وهذا المعيار مادى ، لأن الجانى يتوسل إلى مواقعة المجنى عليها ، بوسائل مادية كالقتل والضرب والقطع ، فهى تنطوى على العنف واستخدام القوة فى مواجهة المرأة ، دون غيرها ، إذ ينصب على نفسها وأعضائها .

وهذا المعيار معيار موضوعى ، وليس شخصيا ، مبناه خشية المجنى عليها من وقوع تلف فى نفسها أو عضو من أعضائها ، فمتى كانت الوسيلة المستخدمة فى الاكراه ملجئة ولا مناص من الافلات من

---

(١) انظر الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج٧ ، ص ١٨١ . انظر ايضا : النسفى ، كشف الاسرار ، ج٢ ، ص ٥٨٥ . اذا اكرهت — المرأة — على الزنا بحبس : انها لا تحد ، لان الاكراه الكامل يوجب الرخصة ، فأورث القاصر شبهة .

الهلكة ، وإنقاذ النفس أو الاعضـاء ، إلا بتمكين المرأة الرجـل من نفسها ليجامعها ، فالاكراه تام أو مادى •

وهذا الاكراه بالقطع هو أقصى درجات القسر والقهر ، إذ يصل إلى أعلى حالات التضييق ومصادرة إرادة المرأة ، ولا أدل على ذلك من أنه يعدم الرضا ، ويفسد الاختيار ، وهو الاثر الذى يحدثه الاكراه التام على إرادة المرأة ، فى مجال الاغتصاب •

أما المعيار فى الاكراه الناقص ، أو ما يسمى بالاكراه المعنوى ، فهو الذى يكون بوسيلة من شأنها الا تلجىء المرأة ، أو تضطرها إلى المواقعة ، لأنها لا تقع على بدن المرأة أو أعضائها ، ولا يخشى فيها من تلف الجسم أو العضو ، لكنها تجعلها فى قلق عظيم على أمرها وأمر ذوى الصلة الوثيقة بها •

ولا شك فى أن هذا الاكراه قد ينال من المرأة ، ويشكل خطورة على مستقبل حياتها ، أو حياة ذويها ، مما يحملها على تمكين الرجل من وطئها • وإن هذا الاكراه يظهر أثره فى أنه يعدم رضا المرأة ، وإن كان لا يفسد اختيارها ، إذ يجعل لها بعض الاختيار فى تمكين الرجل من وطئها من عدمه •

وحرى بمثل هذا الاكراه ، لكى يحقق هذا الاثر ، على إرادة المرأة أن يكون قد بلغ حدا من الخطورة ، كتهديدها بالحبس أو القيد أو الضرب ، أو حبس أو ضرب ، من هو وثيق الصلة بها ، وهو ما يؤدى إلى نفى رضـاها ، وإن لم يفسـد اختيارها • والمعيار فيه معيـار شخصى يختلف من امرأة لأخرى ، بحسب احتمال كل امرأة ، والظروف الخاصة بها ، فما يؤثر على امرأة ، قد لا يؤثر على أخرى ، فهذا

المعيار ليس واحدا عند كل النساء ، وليس الأثر ، الذى يحدثه فى نفس امرأة هو ذات الأثر عند المرأة الأخرى .

ويعرض فقهاء الحنفية ، لمسألة الشخص الذى يقدر على تنفيذ الاكراه ، وهو يقينا الحاكم ، أو صاحب سلطة من السلطات ، لأنه بما يملكه من السلطة أقدر على إيقاع ما هدد به ، كما يقول أبو حنيفة ؛ ويتحقق الاكراه كذلك من كل شخص يستطيع تنفيذ ما توعد به ؛ ويحدث أثره فى نفس المجنى عليه بتخويفه وقهره ، على فعل ما اكره عليه ، وهو الاغتصاب .

ويشترط فى الاكراه المعتبر ، أن يكون جديا ، وهو معنى القول بأن يكون ممن يقدر على تنفيذ ما هدد به ، وأن يبعث فى نفسية المرأة الخوف ، ويكفى فى هذا الصدد ، أن يغلب على ظن المرأة أن الرجل يفعل ما هددها به ، لتصير بذلك محمولة ، على ما دعيت إليه من فعل التمكين أو المواقعة .

عنـد المالكيـة :

بالنظر إلى أحكام الاكراه عنـد المالكية ، نجـد أن فقهاءه لم يعرضوا لها بالشكل التفصيلي الذي عرض له فقهاء الحنفية ، لكن هذا لا ينفى تعرضهم لمسائل الإكراه ، فهم قد عالجوا بعض احكامه فى مواضع متفرقة منها ، قول ابن فرحون : وحد الاكراه الذى لا يلزم معه بيع متاعه ، هو الحبس أو الكبل أو الضرب أو التهديد بذلك ، وإن لم يكن ذلك ، إلا أنه قد توقع ذلك ، أو توقع عليه ، لما يعرف من عداء ذلك الظالم ، وأخذه أموال الناس بغير حق ، وانتهـاك

حرمتهم بالضرب والرهق • ويقول فى موضع آخر : وسمعنا مالكا يقول : السجن إكراه ، والقيد اكراه ، والوعيد المخوف إكراه ، بمنزلة الضرب والوهن ، لا يجوز على صاحبه معه ، يمين ولا بيع ، وقاله أصحاب مالك كلهم (١) •

وينبغى أن نعلم بأن فقهاء المالكية ، يشترطون لتحقق اغتصاب المرأة للزنا بها ، أن تكون مكرهة على ذلك ، فاذا طاوعته أو وطئها برضاها ، لم تكن الجريمة اغتصاب ، ويجب على المرأة الحد كالرجل ، لارتكابهما جريمة الزنا •

أما حصول المواقعة بين الرجل والمرأة بناء على إكراه ، فلا حد فيه على المرأة لأن الاكراه يسقط العقوبة ، فالمكره على الزنا ، لا حد عليه ، وكذلك المكرهة على التمكين لا تحد (٢) •

والاكراه عند المالكية ، كما تدل عليه أقوالهم ، قد يكون إكراها ماديا ، وهو الذى يستخدم فيه الجانى العنف والقـــوة ، كالضرب والحبس ، والتوثيق وغيرها • ويجب لكى يحقق الاكراه أثره عندهم ، أن يتوقع المجنى عليه أن الجانى ، عازم على تنفيذ إكراهه ، أى أن يكون الجانى جادا فى ايقاع ما هدد به ، فان لم يكن كذلك ، فليس ثمة اكراه •

والإكراه المادى ، يكون تجاه المجنى عليه ، بأن يقع على جسمه أو أحد أعضائه ، ذلك أن الحبس أو الضرب ، او التكبيل ، إنما توقع على جسم الجانى أو أحد أعضائه ، فتصيبه بالأذى أو التلف •

---

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ٢ ، ص ١٧٢ ، ١٧٧ •
(٢) المواق ، التاج والاكليل ، ج ٦ ، ص ٢٩٤ •

وإلى جانب الاكراه المادى ، هناك الاكراه المعنوى ، وهو الذى يهدد فيه الجانى المجنى عليه ، أو يتوعده بالتخويف والاضرار به أو بغيره .

والاكراه المعنوى طبقا لذلك ، أعم من أن يقتصر على تحديد وسيلة بعينها يستخدمها الجانى ، لحمل المجنى عليها ، على الفعل الذى يريده ، وهو يكون فى مجالنا ، بتوعد الرجل المرأة وتخويفها بايذائها فى نفسها أو مالها أو سمعتها أو فى أحد أقاربها ، لو لم تمكنه من الاتصال الجنسى بها .

ومن الطبيعى لكى نكون إزاء جريمة اغتصاب ، عن طريق الاكراه، أن تكون استجابة المرأة لأمر الرجل ، بوطئها ، قد تم تحت ضغط التهديد الذى توعدها به ، أيا كان نوع هذا الاكراه ، ماديا كان أو معنويا ، أى أن تكون المواقعة ، حصلت بفعل الاكراه ، ونتيجة له .

عند الشافعية :

يتبع فقهاء الشافعية ، فى عرضهم لمسائل الاكراه منهجا أقرب إلى المنهج الذى عرض به المالكية ، فى بيان أحكام الاكراه ، وعلى أية حال ، فاننا نستطيع أن نحدد اتجاههم فى هذا الخصوص :

وبيان ذلك أن الاكراه إذا انتهى إلى حد الالجاء ، لم يتعلق به حكم ، وإن لم ينته إلى ذلك ، فهو مختار ، وتكليفه جائز شرعا . وقال الغزالى فى البسيط : الاكراه يسقط أثر التصرف عندنا ، الا فى خمس مواضع ، وذكر اسلام الحربى ، والقتل ، والارضاع ، والزنا ، والطلاق ، إذا أكره على فعل المعلق عليه .

والاكراه على الزنا لا يبيحه .

ويقول السيوطى عند بيانه لما يحصل به الاكراه ، أنه فى غير القتل ، يحصل بسبعة أوجه :

أحدهما : لا يحصل إلا بالقتل .

الثانى : القتل أو القطع ، أو ضرب يخاف منه الهلاك .

الثالث : ما يسلب الاختيار ، ويجعله كالهارب من الاسد ، الذى يتخطى الشوك والنار ، ولا يبالى فيخرج عنه الحبس .

الرابع : اشتراط عقوبة بدنية ، يتعلق بها قود .

الخامس : اشــتراط عقوبة شــديدة ، تتعلق ببدنه ، كالحبس الطــويل .

السادس : أنه يحصــل بما ذكر ، وبأخــذ المال أو اتلافه ، والاستخفاف بالاماثل واهانتهم كالصفع على الملا ، وتسويد الوجه ، وهو اختيار جمهور العراقيين وصححه الرافعى .

السابع : وهو اختيار النووى فى الروضة : أنه يحصل بكل ما يؤثر العاقل الاقدام عليه ، حذرا مما هدد به ، وذلك يختلف باختــلاف الاشخاص ، والافعال المطلوبة والامور المخوف بها ، فقد يكون الشىء اكراها فى شىء دون غيره ، وفى حق شــخص دون آخر .

وإن مطالعة النصوص فى المذهب الشافعى ، يتضح منها ، أن وصف الاغتصاب فى الزنا بين الرجل والمرأة ، مرده إلى اكراه المرأة عليه ،

---

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

وبدون هذا الاكراه فان الجريمة لا يطلق عليها انها اغتصاب ، وإنما هى جريمة زنا فقط •

والاكراه الذى يقترن بالزنا ، أو بمواقعة الرجل المرأة ، يتحقق ويرتب أثره فى اضفاء وصف الاغتصاب •

واسـقاط العقوبة عن المرأة ، ، إذا وصـل إلى حد الالجـاء والاضطرار ، أما إذا لم يبلغ هذا الحد ، فلا يكون اغتصابا •

وتجدر الاشارة إلي أن الاكراه ، وإن اسقط العقوبة عن المكره ، وهو المرأة ، فان الفعل وهو الوطء محرم باق على التحريم ، لأن الاكراه على الزنا لا يبيحه •

وفيما يتعلق بالوسـائل التى يكون بها الاكراه ، فانه يكون فى الغالب عندهم ، بالوسائل المادية ، التى تنطوى على العنف والقسر ، وهذا يتأتى فى القتل أو القطع أو الضرب ، أو اشتراط عقوبة بدنية يتعلق بها قصاص كاتلاف العين أو السن أو الجرح وغيرها • وقد يكون باشتراط عقوبة سالبة للحرية شديدة البأس ، كالحبس لأمد طويل •

وهذا الاكراه الملجىء ، أو المادى ، من شأنه أن يهـدر إرادة المرأة ، بما يؤدى إلى انعدام الرضا ، وسلب الاختيار ، فتذعن المرأة لرغبة الرجل فى الوقاع حذرا من إلحاق هذا الخطر المحقق على نفسها أو أحد أعضائها ، ولا يكون كذلك ، إلا إذا بلغ حده الاقصى فى ايقاع الاذى الشديد ، وانزال الضرر الذى لا يعد له ضرر آخر كالقتل أو قطع الأعضاء وغيرها •

وقد يكون الاكراه فى المذهب الشافعى ، بوسائل غير مادية ، أى لا تأخذ شكل العنف والقوة ، وإنما تتعلق بغير بدن المجنى عليها ، بأن تكون مؤثرة على جوانب قيمية يحرص عليها الانسان ، كالمساس بسمعته كاهانة المرأة ، أو التنكيل بها ، أو اتلاف مالها ، وغيرها ، والجامع بين هذه الوسائل ، أن تكون بكل ما يؤثر العاقل الاقدام عليه، خوفا من إيقاع ما هدد به ، وهذا النوع من الاكراه يصدق عليه مصطلح الاكراه المعنوى •

والمعيار فى الاكراه المعنوى ، هو معيار شخصى ، إذ أنه يتفاوت بتفاوت الاشخاص ، ولا يصلح أن يطبق عليهم قاعدة عامة أو موحدة لاختلاف أثره من شخص لآخر ، فما يصح أن يكون اكراها لهذا ، قد لا يصح أن يكون اكراها لذاك ، وقد تمثل الوسيلة المستخدمة اكراها على شخص ، ولا تمثل اكراها على آخر ، لاعتبارات تتعلق بظروف ومكانة كل شخص .

أما عن المعيار فى الاكراه المادى ، فهو معيار موضوعى ، لأنه معيار واحد فى حق جميع الاشخاص ، والعبرة فيه بالوسيلة المستخدمة ، وهى وسيلة من شأنها إنهاء حياة الشخص ، أو اصابته بعاهة مستديمة كقطع يده ، أو قلع عينه ، وما إلى ذلك ، ومما لا شك فيه ، أن أثر ذلك لا يتفاوت بتفاوت الاشخاص ، بل هى فى حق الكل سواء •

والاكراه المعنوى مرهون فى ترتيبه لآثاره ، وتحقيق تأثير الوسيلة المستخدمة على نفسية المرأة تأثيرا بالغا ، جعلها تؤثر الاتصال الجنسى بالرجل ، حذرا من الاقدام على ما هدد به • فاذا لم تكن الوسيلة من

شأنها ذلك ، فلا يعتبر الوطء اغتصابا من جانب الرجل ، ولا تسقط به العقوبة عن المرأة .

ولا يثير الاكراه المادي صعوبة ، فى تأثيره على نفسية المرأة ، وحملها على الاستسلام للرجل ، لفرط شدته ، وعظيم خطورته ، لأنه يتعلق ببنيان الانسان نفسه ، سواء كان فى جسده أو أحد أعضائه .

عنـــد الحنـــابلة :

يفرق فقهاء المذهب بين الاكراه ، بحسب الوسيلة المستخدمة فيه، وهذا ظاهر فى قول ابن قدامة : ولا فرق بين الاكراه بالالجاء ، وهو أن يغلبها — أى الرجل — على نفسها ، وبين الاكراه بالتهديد بالقتل ونحوه ، نص عليه أحمد ، فى راع جاءته امرأة قد عطشت ، فسألته أن يسقيها ، فقال لها : امكنيني من نفسك ، قال : هذه مضطرة . وقد روى عن عمر بن الخطاب ، أن امرأة استسقت راعيا ، فأبى أن يسقيها ، إلا أن تمكنه من نفسها ، ففعلت ، فرفع ذلك إلى عمر ، فقال لعلى : ما ترى ؟ قال : انها مضطرة ، فأعطاها عمر شيئا وتركها ...

ويقول : الاكراه إذا كان بالتخويف ، أو يمنع ما تفوت حياته بمنعه كان الرجل فيه كالمرأة (١) .

وفى بيان الوسائل المحققة للاكراه على الزنا ، يقول البهوتى : وإن اكرهت المرأة على الزنا ، أو اكره المفعول به لواطا ، قهرا أو بالضرب ، أو بالمنع من طعام أو شراب ، اضطرارا إليه ، ونحوه ، كالدفء فى الشتاء ولياليه الباردة ، فلا حد ، لقوله — ﷺ — « رفع

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٨ ، ص ١٨٧ .

عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » • رواه النسائى •
وعن عبد الله بن وائل عن أبيه : أن امرأة استكرهت على عهد رسول الله — ﷺ — فدرأ عنها الحد (١) •

وبهذا يسلك المذهب الحنبلى ، مسلك التفرقة بين نوعى الاكراه ، بحسب الوسيلة المستخدمة فى الاكراه ، وأثر هذه الوسيلة على إرادة المرأة ، فالاكراه إما أن يكون إكراها بملجىء ، أى بما يقهر المرأة ، ويضطرها إلى الاذعان والتسليم بمواقعة الرجل ، وهو معنى القول بأن يغلبها الرجل على نفسها ، فتكون طوع أمره ، وتمتثل لرغبته فى الاتصال الجنسى بها •

وهذا الاكراه الملجىء ، يتحقق باستخدام الرجل ، وسيلة مادية تنطوى على العنف والقوة . تجاه المرأة ، الأمر الذى تخشى فيه على نفسها من التلف أو المساس بعضو من الاعضاء ، وهو ما يصادر إرادتها ، ويعدم حريتها فى الاختيار ، إذ الاكراه بمهلك أو ما فى معنىاه •

وإلى جانب الاكراه الملجىء ، يوجد الاكراه غير الملجىء ، وهو الاكراه بوسيلة تنطوى على التهديد بالقتل وما يماثله ، بأن يستخدم الجانى وسيلة سلبية تؤدى إلى الموت ، مما يوجد المرأة فى حالة من الاضطرار حفاظا على حياتها ، مثل أن يمنع الرجل عن المرأة الماء ، وهى فى حالة من الظمأ الشديد ، مما يجعل المرأة فى حالة ضرورة ، فتمكنه من نفسها ، إبقاءا على نفسها • ويأخذ الطعام حكم الشراب

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٩٧ .

عندهم ، من حيث أنه يجعل المرأة فى حالة ضرورة مما يحمل المرأة على مواقعة الرجل ، لأنه لا بقاء للنفس بدونه ، لكن مع ملاحظة أن الحاجة إلى الماء أشد ، لأن النفس أقل صبرا عن الشراب ، إذا قيس بالطعام .

والاكراه هنا اعتبر إكراها غير ملجىء أو ناقص ، لأن الوسيلة فيه غير إيجابية أو بتسلط من جانب الرجل ، كما هو الشأن فى القتل أو القطع الذى يعتزم الرجل ايقاعه بالمرأة ، إذا لم تمكنه من وطئها . فالوسيلة هنا بفعل الرجل نحملها على المواقعة ، وبمبادرة منه ، لذلك كان من قبيل الاكراه الملجىء . بينما الأمر فى الإكراه غير الملجىء ليس كذلك ، لأن الرجل لم يستخدم وسيلة إيجابية بمبادأة منه ، لحمل المرأة على الوطء ، وإنما وجدت المرأة فى حالة ضرورة بعدم وجود الماء أو الطعام ، ولما كان الرجل معه الماء أو الطعام ، فقد ساوم المرأة على الوقاع مقابل أن يعطيها الماء أو الطعام ، فهو مستغل لحالة الضرورة التى وجدت فيها المرأة ، ومنتهز لفرصة واتته ، فالاغتصاب هنا بوسيلة سلبية بفعل الظروف التى كانت عليها المرأة . لذلك فان الاكراه هنا يعد اكراها غير ملجىء أو اكراها ناقصا ، وهى تفرقة أشبه بتلك التى قال بها بعض الحنفية (١) .

ويمكن القول استنادا إلى ذلك ، بأن الإكراه الملجىء ، هو الاكراه الذى يصل فيه التأثير على الارادة مداه الاعلى ، حيث يؤدى إلى انعدام الرضا ، وفساد الاختيار . أما الاكراه غير الملجىء ، فان تأثيره على الارادة خطير لكنه ليس كالملجىء ، لذلك ، فانه يعدم الرضا ، ولا يفسد الاختيار .

---

(١) انظر النسفي ، كشف الاسرار ، جـ ٢ ، ص ٥٦٩ ، ٥٧٠ .

وإلى جانب هذا وذاك ، هناك الاكراه بالتخويف والتهديد ، الذى قد يقع على المرأة بطريق غير مباشر وهو أوسع مدى من سابقه . ويندرج تحته صورا غير تلك الموجودة فى الاكراه الملجىء وغير الملجىء يجمع بينها أن تبعث فى نفس المرأة الرهبة والتخويف ، بأن يفعل الرجل ما هدد به ، وهذا يعد من قبيل الاكراه المعنوى .

ومن نافلة القول ، اشتراط توفر الجدية فى الاكراه ، بأن يكون قد بلغ قدرا من الجسامة والخطورة على إرادة المرأة ، فى الاكراه الملجىء وغير الملجىء ، إذ أن فيه قوات الانفس ، وإزهاق الحياة أو تلف عضو من الاعضاء . كما أن هذا الاكراه ، يكون فى مواجهة المرأة ذاتها ، لا فرق فى ذلك بين الوسيلة الايجابية أو السلبية . إنما موضع الاشتراط فى أن يكون الاكراه على قدر من الجدية والخطورة بحيث يحدث أثره فى نفسية المرأة ، بما يحملها على مواقعة الرجل ، والتفريط فى عرضها .

ويتضح من المنصوص عليه فى المذهب الحنبلى ، أن توفر عنصر الاكراه ، أو ما فى معناه عند مواقعة الرجل المرأة ، هو الذى ينقل الجريمة من الزنا ، إلى الاغتصاب ، ومن ثم يكون الركن المادى فى جريمة الاغتصاب قائما .

عنـــد الظـــاهرية :

يذهب ابن حزم فى بيانه لمذهب الظاهرية فى الاكراه ، مذهبا مبينا مفصلا ، لأثر الاكراه ، فى ارتكاب الجرائم المختلفة ، نجتزىء منه ، ما يخص بحثنا ، يقول فى ذلك : والاكراه ، هو كل ما سمى فى اللغة إكراها . وعرف الحسن ، أنه إكراه كالوعيد بالقتل ، ممن لا يؤمن

منه ، انفاذ ما توعد به • والوعيد بالضرب كذلك • أو الوعيد بالسجن كذلك • أو الوعيد بافساد المال كذلك • أو الوعيد فى مسلم غيره بقتل، أو ضرب ، أوسجن ، أو إفساد مال ، لقول رسول الله — ﷺ — المسلم أخو المسلم ، لا يظلمه ولا يسلمه •

ويقول بالنسبة للاكراه على الزنا : فلو أمسكت المرأة حتى زنى بها ، أو أمسك رجل ، فأدخل إحليله فى فرج امرأة ، فلا شىء عليه ، ولا عليها ، سواء انتشر أو لم ينتشر ، أمنى أو لم يمن ، أنزلت هى أو لم تنزل ، لانهما لم يفعلا شيئا أصلا ، والانتشار والأمناء فعل الطبيعة ، الذى خلقه الله تعالى ، فى المرء أحب أم كره ، لا اختيار له فى ذلك (1) •

يحدد المذهب الظاهرى الاكراه ، الذى يحدث أثره على الارادة، والذى تسقط به العقوبة ، بأنه ينتظم الاكراه التام أو الكامل : وهو الذى يخشى فيه على النفس أو المال كالتهديد بالقتل أو الضرب أو السجن أو إتلاف المال •

وهذا الاكراه يكون من الرجل على المرأة فى نفسها أو مالها ، وذلك يتحقق بالوسيلة التى من شـأنها إزهاق الروح كالقتل أو المساس بالاعضاء ، كالضرب أو الاكراه البدنى وسلب الحرية كالسجن ، ويكون باتلاف المال ، بأخذه أو احراقه ونحوه • وهو يكون من الخطـورة والجسـامة على إرادة المرأة بحيث تقـدم نتيجة له ، على معاشرة الرجل جنسيا •

---

(1) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٨ ، ص ٣٣٠ ، ٣٣١ •

ويخالف ابن حزم غيره من المذاهب الاخرى ، فى أنه يعتبر الاكراه باتلاف المال من قبيل الاكراه التام ، فى حين يعتبر جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، الاكراه باتلاف المال ، من قبيل الاكراه غير التام أو الناقص ، لأنه مهما عظم أثره وبلغت جسامته لا يبلغ مبلغ الاكراه على النفس أو العضو ، وهو النظر الذى يأخذ به شراح قانون العقوبات .

وينتظم الاكراه فى المذهب الظاهرى ، نوعا آخر ، وهو الاكراه الناقص : وهو الذى يخشى فيه على نفس ومال الغير ، كالتهديد بقتل المسلم ، أو التهديد بضربه ، أو التهديد بسجنه ، أو التهديد بافساد ماله . ويستوى فى موضوعنا ، أن يكون تهديد الرجل المرأة بقتل أو ضرب أو سجن أو إتلاف مال قريبها المسلم ، أو المسلم الذى ليس بقريب لها ، لعموم قول الرسول — ﷺ — المسلم أخو المسلم ، لا يظلمه ولا يسلمه .

ويعد الاكراه هنا إكراها ناقصا ، لانه ليس فى مواجهة المرأة ، ذاتها ، وإنما فى مواجهة غيرها من أحد المسلمين ، مما يقود إلى القول بأن تأثير الاكراه على إرادة المرأة ، من حيث الرضا والاختيار ، ليس كالاكراه التام ، لأن الاخير الاكراه واقع فيه على المرأة فى نفسها أو فى مالها ، وهو تأثير مباشر ، يحدث أثره على رضاء المرأة واختيارها ، بينما تأثير الاكراه الناقص تأثير غير مباشر ، لأنه واقع على الغير فى نفسه أو ماله ، وهو تأثير لا يبلغ فى مداه مبلغ الاكراه على نفس المجنى عليها أو مالها . خاصة إذا لاحظنا عدم اشتراط أن يكون الاكراه واقعا على أحد من ذوى قرابة المجنى عليها كأبنها أو أبنتها مثلا ،

وانما لا فرق بين أن يكون الاكراه واقعا ، على المسلم القريب أو البعيد ، فالحكم فيهما واحد .

وهذا النظر فى التسوية بين الاكراه الحاصل على المسلم القريب وغير القريب ، فى مدى تأثيره على إرادة المرأة ، وحملها على وقاع الرجل ، يختلف فيه نظر الظاهرية ، عن المذاهب الاخرى ، التى اشترطت فى الاكراه الحاصل على الغير ، أن يكون من ذوى قرابة المجنى عليها ، لكى يحدث أثره فى إرادتها ، مما ينتفى معه رضاء المرأة بالوقاع أو الاتصال الجنسى ، وبالتالى يختلف نظر الظاهرية ، مع نظر شراح القانون ، الذين يذهبون إلى أن الاكراه الواقع على شخص آخر غير المجنى عليها ، يجب أن يكون من أقاربها ، أو عزيز عليها ، حتى يحدث أثره فى نفسها .

ونعتقد أن نظر ابن حزم ، فى تعميمه الأثر الاكراه ، الواقع على نفس المسلم أو ماله ، والمفترض فيه أن يكون متساويا فى أثره على إرادة المرأة — نتيجة وحدة النظرة على المسلم القريب وغير القريب — غير دقيق ، لأن تهديد الرجل المرأة ، بايقاع الاذى الشديد على نفس أو مال أحد أقاربها ، غير تهديده لها ، بايقاع الاذى الشديد على نفس أو مال ، من ليس من أقاربها ، فالمرأة تتأثر بالتهديد الأول الحاصل لأحد أقاربها ، الامر الذى قد يحملها نتيجة له ، إلى تمكين الرجل من وطئها . بينما لو نظرنا إلى التهديد الثانى ، الحاصل لشخص من غير أقاربها ، من منظور واقعى ، لوجدنا أنه وإن أثر فى المرأة ، إلا أنه تأثير عارض ، أو على الاقل ، لا يبلغ مبلغ التهديد الحاصل لاحد

أقاربها ، الامر الذى قد لا يؤدى إلى نفى رضاها ، ومن ثم عـــدم كون الاكراه جديا ، أو بلغ حدا معينا من الجسامة .

ومن ناحية أخرى ، فان نظرة ابن حزم ، هى نظرة شمولية ، لأنها تتأسس على المبدأ الاسلامى ، الذى يقضى بوجوب الوحدة والتضامن بين أفراد المسلمين ، وأنهم كالجسد الواحد ، اذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الاعضاء بالحمى والسهر .

ويعتبر ابن حزم الاغتصاب قائما ، متى تمت المواقعة بالإكراه ، لانه الشرط فى تحقيق الركن المادى ، لجريمة الاغتصاب ، إذا اقترن بالوطء .

الشيعة الزيدية :

أحكام الاكراه عند الزيدية ، مضبوطة ومحددة ، ببيان أثرها على الجرائم ، وعلى نفسية الجانى ، وفى بيان ما يتعلق بمحل بحثنـا ، يقول ابن مفتاح : ويجوز باكراه القادر بالوعيد ، إذا توعده ، بقتل أو قطع عضو ، كل محظور ، فمتى كان الاكراه بهذا الوجه ، وهو أن يخشى التلف ، أو قطع عضو ، أو ما يؤدى إلى ذلك ، من الضرب والحبس .

قال أبو مضر : والاخراج من البلد ، وكان الوعيد صادرا من قادر على فعل ذلك ، ولا فصل بين أن يكون المتوعد سلطانا ، أو ظالما سواه من لص أو قاطع طريق ، فانه يجوز له بهذا الاكراه ، أن يرتكب ما اكره عليه من المحظورات ، إلا ثلاثة أشياء ، فانها لا تجوز بالاكراه ، وإن خشى التلف ، وهى الزنى وايلام الآدمى وسبه .

ثم يقول : وإذا كان الاكراه بالاضرار فقط ، كضرب أو حبس مضرين ، ولا يقتلان ، فانه يجوز بهذا الاكراه ، ترك الواجب كالصلاة والصوم ، ولا يجوز به ارتكاب المحظورات (١) .

يفرق الشيعة الزيدية بين نوعين من الاكراه ، فالاكراه قد يكون اكراها ملجئا ، وهو الاكراه الذى يهدد فيه الجانى ، المجنى عليهـا بوسيلة يخشى منها اتلاف النفس أو قطع عضو ، أو المساس به ، وهو يتأتى باستخدام العنف والضغط على المجنى عليها ، كالقتل أو قطع عضو أو الضرب ، أو الحبس ، والاخراج من البلد — النفى — وهـذه الوسائل يتحقق بها الالجاء ، والاضطرار ، فمتى اكرهت المرأة على مواقعة الرجل ، بأى من هذه الوسائل ، كنا بصدد جريمة اغتصاب ، أو بالاحرى توفر الركن المادى للاغتصاب .

وهذا النوع من الاكراه ، ينحصر فى استخدام الرجل ، وسائل معينة ، من شأنها إزهاق النفس أو اتلاف العضو ، أو ما يماثلها من الوسائل ، فى تأثيرها على النفس ، كالنفى ، ومن الطبيعى أن هذه الوسائل قد بلغت الحد الاقصى من الجسامة والخطورة ، فى التأثير على إرادة المرأة ، من حيث انعدام رضاها ، وفساد اختيارها ، مما يدفعها إلى مواقعة الرجل ، وتمكينه من وطئها بفعل هذه الوسائل .

ومن الجلى أيضا أن هذه الوســائل ، تعد وســائل مادية ، لما تتضمنه من العنف والقهر ، ولما تحدثه من آثار ملموسة على المرأة ، عند تنفيذها ، كما أن هذه الوسائل ، تقع على شخص المرأة ، وتصيبها فى بدنها أو فى أحد أعضائها ، مما يصح أن يطلق عليه الاكراه المادى .

(١) ابن مفتاح ، شرح الازهار ، جـ ٤ ، ص ٣٠٥ ، ٣٠٧ .

ويثار فى هذا الموضع الاخراج من البلد ، أو النفى على ما قال به البعض ، وهذه الوسيلة مادية ، إذ أنها تتعلق بشخص المرأة ، وتنطوى على ايذاء شديد لها ، لأن نفى المرأة ، يمثل خطورة كبيرة عليها ، وهو فى أثره على إرادتها ، كاتلاف أحد أعضائها ، لذلك فانه يحدث ذات الأثر ، وهو نفى رضاها ، وافساد اختيارها ، خاصة إذا أخذ في الاعتبار أن الجانى قادر على تنفيذ ما هدد به .

وهناك الاكراه الغير ملجىء أو الناقص : وهو الاكراه بوسيلة لا يخشى منها على تلف نفس أو عضو ، بأن يستخدم الجانى ضـد المجنى عليها الضرب أو الحبس ، الذى من شأنه أن يلحق به ضرر للمرأة من جراء تنفيذه ، وهذه الوسائل وإن كانت تجاه المجنى عليها ، وهى المرأة فى جريمة الاغتصاب ، إلا أنها لا تبلغ فى أثرها ، ما تحدثه الوسائل المستخدمة فى الاكراه الملجىء ، فهو قد يؤثر على الارادة ، فى نفى رضا المرأة ، لكنه لا يفسد اختيارها ، إذ يبقى لها على الاختيار بين مواقعة الرجل ، أو ايقاع الضره أو الحبس عليها ، لذا يصح القول بأن هذا الاكراه ، من قبيل الاكراه المعنوى ، لأن التهديد فى سبيله أن يقع ، أو هو منتظر الوقوع .

وحيث أن هذه الوسائل ، ينحصر استخدامها ، ضد المجنى عليها ، متمثلة فى الضرب أو الحبس ، فان الاكراه يقوم بها ، ويتوفر الركن المادى لجريمة الاغتصاب فيها ، لأن فيها قدرا من الخطورة والجسامة لا يمكن انكار أثره ، وآية ذلك ، نفى الرضا فيها ، مما يحمل المرأة على مواقعة الرجل .

والاكراه عند الزيدية ، ينبغى أن يصدر من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به ، من قتل أو ضرب أو حبس ، وينطبق هذا على من يحوز سلطة من السلطات ، وعلى الفاجر واللص وغيرهم ، لا فرق بينهم فى الحكم ، فالاغتصاب يتحقق من هؤلاء ، لأن الاكراه يحصل منهم ، باستخدام الوسيلة التى تجبر المرأة على الإتصال الجنسى .

وتجدر الاشارة ، إلى أن انعدام الاكراه فى مواقعة الرجل المرأة لا يبيح الوطء بين الرجل والمرأة ، فيظل الفعل مجرما ، لأن الزنا ، مما لا يباح بالرضا أو بالاكراه وإنما يقتصر أثره على اسقاط العقوبة عن المرأة فى حالة الاكراه .

مقارنة الفقـه بالقانون :

إن تحقيق أمر عدم رضا المرأة بمواقعة الرجل ، فى جريمة الاغتصاب ، بين الفقه الاسلامى ، وقانون العقوبات ، يبرز لنا بعض الايضاحات ، فى خصوص موقف كل من النظامين القانونيين ، من جريمة الاغتصاب •

وأول ما يسترعى الانتباه ، فى مجال هذه المقارنة ، أن فعـل الوطء أو المواقعة ، بين الرجل والمرأة ، برضاهما ، تنشأ عنه جريمة الزنا فى الفقه الاسلامى ، ولا نكون بصدد زنا فى قانون العقوبات • وهذا موضع مفارقة ، وتوطئة لوقوع جرائم جنسية أخرى ، على نفس الشاكلة ، فان لم يتيسر ، وهو غير ميسور فى مجتمعنا الاسلامى فليكن الطريق هو الاغتصاب •

والبحث فى مدلول عدم الرضا بالمواقعـة ، فى كل من الفقـه والقانون ، يقود إلى القول ، بأن مدلوله واسع النطاق ، فهو يتضمن جملة من الوسائل تفصح عن رفض المرأة وعدم قبولها ، الاتصـال الجنسى بالرجل • وهذا المدلول يتسع فى المعنى الاسلامى ، ليشمل الاكراه والصغر ، والجنون والنوم والاغمـاء ، والجهل والسـكر والخطأ • وهى فى القانون ذات مدلول عام ، لكنه أقل مدى منه فى الشريعة ، فهو — أى عدم الرضا — يتضـمن المباغتـة والاكراه ، والخديعة ، والقبول المعيب ، والاغماء •

وننبه فى هـذا الموضع ، إلى أن عـدم الرضا من جانب المرأة بالوقاع ، قد يحدث بالمباغتة والخديعة ، من جانب الرجل لها ، متى لم يكن لها إرادة فيه ، لأنه يندرج فى حالة الاضطرار والضرورة ، التى أوجدتها فى ظروف معينة ، جعلت الرجل يقدر على مواقعتها ، والتمكن من وطئها ، كحالة مواقعة الطبيب لمريضته ، حالة العلاج ، أو باستخدام الرجل طرقا احتيالية ، للوصول إلى مأرب فى المرأة ، من الاتصال الجنسى بها •

وقد قال تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم ، الا ما إضطررتم إليه » الانعام : ١٢٠ •

وإما أن تكون المباغتة والخديعة ، مندرجة ، فى نطاق الخطأ ، حيث واقع الرجل المرأة ، فى غفلة منها ، وعلى غرة بحيث لم تستطع أن تدفع عنها وقاعه لها ، وقد قال تعالى : « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به » الاحزاب : ٥ •

ويقول الرسول — ﷺ — رفع عن أمتى الخطـأ والنسـيان وما استكرهوا عليه •

وبالنسبة لوسيلة الاكراه ، ودورها فى الركن المادى للاغتصاب ، فهو دور بارز وحاسم بلا شك ، ويسهل اثباته فى وجود الجريمة ، لأنه ينطوى على أفعال مادية ، وخطوات محددة ، يسلكها الجانى ، وهو الرجل عند مواقعته للمرأة •

والاكراه بنوعيه ، الاكراه التام ، والناقص ، وهو المسمى الذى اطلقه عليه الفقه الشرعى ، يماثله الاكراه المادى والمعنوى ، وهو المصطلح الذى قال به الفقه الوضعى لقانون العقوبات ، يقوم به

الركن المادى لجريمة الاغتصاب ، يستوى أن يكون هذا الاكراه تاما أو ناقصا ، ماديا أم معنويا ، حيث ينتفى فيه رضا المرأة بمواقعة الرجل •

ويأخذ الفقه الشرعى بوجه عام ، بالمعيار الموضوعى ، فى الاكراه التام ، إذ يجب أن يكون الجانى قد استخدم وسيلة مادية ، من شأنها أن تتلف النفس أو العضو ، فينظر فيه إلى طبيعة الوسيلة ، وقوة أثرها فى المجنى عليها بوجه عام ، بغض النظر عن الاعتبارات المتعلقة بكل امرأة على حدة • وهذا يختلف مع ما يأخذ به الفقه القانونى ، فان المعيار فى الاكراه المادى ، معيار شخصى ، مبناه شخص المرأة ، والظروف المحيطة بها • ويترتب على هذا الاختلاف بين النظرين ، أن الفقه الشرعى يأخذ بمعيار موحد ، ضابطه الوسيلة المتلفة للنفس أو العضو ، بينما يأخذ الفقه القانونى بمعيار متفاوت يتعلق بكل امرأة على حدة ، وأثر الاكراه على نفسها ، مقرونا بالظروف والملابسات المحيطة بها •

وإنك لتجد أثر الاكراه التام واضحا ، فى النظر الشرعى ، فيما يذهب إليه من أن هذا الاكراه ، ينعدم به الرضا ، ويفسد به الاختيار، وهذا من غير شك يبلغ فى تأثيره على المرأة حدا بعيدا ، ويدفعها قسرا إلى الاتصال الجنسى بالرجل ، درءا لنفسها ولاعضائها من التهلكة •

ولما كان الفقه القانونى ، يتبنى المعيار الشخصى ، الخاص بكل امرأة ، وهو يتباين بتباين المرأة ، فانه يشترط أن يكون الاكراه المادى، مرتبا أثره فى انتفاء رضا المرأة ، بأن يكون على درجة من الخطورة والجدية ، لكى يتأتى فيه عدم الرضا ، ومصادرة حرية المرأة • وبمعنى

آخر ، فانه يشترط وجود علاقة السببية بين الاكراه من جانب الرجل وبين تمكين المرأة له من مواقعتها ، بأن يكون فعل التهديد هو الحامل للمرأة على اتصال الرجل جنسيا بها • فى حين أن توفر هذه العلاقة بين الاكراه والوطء ، فى المنحى الشرعى ، أمر مفترض ، لا حاجة إلى النص عليه بذاته ، لأن انعدام الرضا وفساد الاختيار ، برهان ساطع على وجود علاقة السببية ، لأن ذلك يعنى ألا يكون للمرأة حرية الاختيار ، حيث لا سبيل لانقاذ نفسها وأعضائها ، إلا بتمكين الرجل من الوطء ، بل إن العلاقة السببية ، فى ظل هذا التحديد ، فى أقوى معانيها ، مما يغنى عن ضرورة التنصيص عليها ، مع وضوح معيارها ، وسهولة اثباتها •

والاكراه المعنوى فى المفهوم الشرعى ، يكون بوسيلة تنفى الرضا ولا تفسد الاختيار ، أى أن للمرأة حرية واختيارا ، فى إتيان فعل الوقاع ، أو عدم إتيانه ، فالتهديد فيه يكون بوسيلة غير ملجئة لها ، هذا المفهوم يتسع ليندرج فى طياته ، كل تهديد على المرأة ، أو على ذويها ، وإذا كانت الخطورة فيه ، ليست كالاكراه التلم ، إلا أن اشتراط الفقه فيه أن يرتب أثره فى إعدام رضا المرأة ، كفيل بالتأثير على إرادتها ، واتجاهها إلى مواقعة الرجل جبرا عنها •

والفقه الشرعى ، على أن الاكراه الناقص ، قد يكون منصبا على بدن المرأة ، وعلى سمعتها ومالها ، وحياة ذويها أو أقاربها ، وهو فى مفهومه الشرعى ، أعم منه فى مضمونه القانونى ، فهو فى الاخير يكون بكل ايذاء للمرأة ، أو بشخص عزيز عليها ، من ذوى الصلة الوثيقة بها • ولا أدل على ذلك ، ما ذهب إليه الشافعية من أن الاكراه ،

يتحقق بكل ما يؤثر العاقل الاقدام عليه ، ومما ذهب إليه الظاهرية ، من أن الاكراه يتحقق بتهديد المسلم القريب أو غير القريب ، بقتل أو ضرب أو سجن أو اتلاف ماله ، وهو مفهوم واسع ، يكثر من الحالات المكونة للركن المادى لجريمة الاغتصاب •

ونتيجة لذلك ، ذهب الفقه الشرعى ، والرأى القانونى ، للقول بوجود الركن المادى ، إلى تبنى معيار شخصى ، يختلف باختــلاف المرأة ، وأحوالها ، فيشترط من ثم ، أن يكون الاكراه الحاصــل فى مواجهتها من شأنه أن ينفى رضاها • وهو ما يعنى أن يكون من الجدية وعلى درجة من الخطورة ، تكفى للقول بأن المرأة أقدمت على فعل الوقاع مع الرجل ، تحت تأثير الاكراه الناقص أو المعنوى •

والاكراه فى الفقه الشرعى ، قد يكون بوسيلة إيجابية ، وقــد يكون بوسيلة سلبية ، كاكراه المرأة بمنع الطعام أو الشراب عنها ، لاجبارها على المواقعة ، وهو ما نص عليه فقهاء الحنابلة ، وقد يكون باخراج المرأة من البلد ، وهو ما نص عليــه الشيعة الزيدية ، وهو ما يوسع من حالات التجريم فى الاغتصاب ، ويحمى المرأة ، فى مواجهة تنوع الوسائل التى يستخدمها الرجل ، لحملها على الاتصال الجنسى•

وفى هذا الصدد ، نلمح تطورا فى الفقه الاسلامى ، فهو قد حدد المعيار الذى يكون به الاكراه ، ثم انه استجاب لحكم الوقائع الحاصلة فى الاغتصاب ، وقام بتأصيلها ، وردها إلى مبدأها ، وهذا موجود فى الفقه الحنفى فيما سردناه ، وفى الفقه الشافعى ، والفقه الحنبلى ، والفقه الظاهرى ، حيث لم يقف فى تحديد الاغتصاب ، وبيان أنواعه ، عند النظر الاول ، الذى قال به أئمة المذهب •

ويمكن القول ، بأن نظرية الاكراه ، التى يعتنقها فقه قانون العقوبات تتفق فى مجملها مع الشريعة الاسلامية ، وإن التقسيم القانونى للاكراه إلى إكراه مادى ومعنوى ، أقرب إلى التقسيم الشرعى ، فى الاكراه التام أو الملجىء ، والاكراه الناقص أو غير الملجىء ، إذا تجاوزنا المسمى ، ونفذنا إلى المضمون وحقائق الاشياء.

المبحث [illegible]

الركن المعنوى : القصد الجنائى فى القانون

الاغتصاب من بين الجرائم العمدية ، التى يتخذ الركن المعنوى فيها صورة القصد الجنائى العام ، إذ أن الاغتصاب فى ذاته ، حقيقة ومضمونا ، لا يتأتى بغير خطأ عمدى ، ذلك أن حقيقة الاغتصاب هى أخذ الشىء على سبيل المغالبة والمجاهرة ، مما لا يحل له ، بالتعدى على صاحبه ومصادرة إرادته • ومن ناحية المضمون ، فان الجانى يسلك أساليب جبرية تنطوى على إعدام الرضا ، ومصادرة الحرية الجنسية للمجنى عليها • وهو أظهر ما يكون فى الاكراه بنوعيه المادى أو المعنوى على نحو ما رأينا ، وفى غيره من الوسائل الاخرى ، التى تحدث ذات الأثر ، وتوصل إلى نفس النتيجة ، وهى معاشرة الأنثى بغير رضاها •

من أجل ذلك ، فان القصد الجنائى العام ، يكون متوافرا ، متى أقدم الجانى على ارتكاب جريمته ، وذهنه منصرف إلى إتيان الجريمة بعناصرها المكونة لها ، بأن يعاشر الأنثى جنسيا ، من غير رضائها ، وتعد الأفعال التى يأتيها القيام بعملية المعاشرة ، تحقيقا للجريمة ،

لأن المعاشرة بإيلاج عضوه التناسلى فى فرج المرأة ، التى لا تربطه بها صلة شرعية ، من غير رضـاها ، هى مكونات الجريمة التى توجـد حقيقتها به ، ولا حقيقة أخرى سواها ، فمتى تم فعل المعاشرة ، على وفق هذه الكيفية ، فنحن إزاء جريمة اغتصاب ، لأن نصوص القانون، لا تعبأ بأمر آخر ، غير فعل الوقاع من غير رضاء الأنثى ، لأن ما عداه يعتبر خارجا عن ماهية الجريمة ، والعناصر المكونة لها •

ويتعين للقول بوجود القصد الجنائى ، أن يتوفر العـلم لدى الجانى بأن ما يأتيه من ممارسة جنسية مع الأنثى التى لا تحل له ، بدون رضاها هى ممارسة غير مشروعة • فاذا التبس الأمر عليه ، بأن كان يظن خطأ أنه يواقع أنثى تحل له من غير رضاها فان القصد الجنائى يكون غير متوافر ، وقد يكون خطؤه منصبا على الواقع أو القانون • كما لو ظن خطأ أنه يعاشر زوجته المطلقة رجعيا أثناء فترة العدة ، وكانت عدتها قد انتهت • أو اعتقد خطأ أن قراءة الفاتحة بينه وبين خطيبته ، بمثابة العقد عليها ، فتحل له ، على أساس أنه عقـد صحيح • وكما لو زفت إليه امرأة على أنها زوجته ، ولم تكن كذلك ، فعاشرها معاشرة الازواج ، فان جريمة الاغتصـاب غير موجودة ، لانتفاء القصد الجنائى لديه • ويفترض فى هذه الحالات ، أنه واقع من يعتقد أنها زوجته على غير إرادتها •

والواقع أن عنصر العلم المشترط فى تحقيق القصد الجنائى يكون منشؤه إما الخطأ فى الواقع ، الذى يرجع إلى التقدير غير الصحيح فى الوقائع المادية ، كما هو الشأن فى احتساب مدة العدة ، أو فيمن يواقع المرأة التى زفت إليه ، وهى ليست زوجته ، على أنها زوجته • أو

بالنسبة للاعمى الذى واقع امرأة فى فراش زوجته رغما عنها ، معتقدا أنها زوجته . فنحن فى هذه الحالات وأمثالها ، بصدد خطأ فى واقعة مادية ، مردها إلى تقدير غير صحيح للواقعة محل البحث .

وقد يكون الخطأ منشؤه القانون ، وهو يتأسس على الجهل بالقاعدة الشرعية ، نتيجة عدم العلم بمقرراتها ، لظرف خاص به ، أدى إلى الجهل بقواعد الحل والحرمة ، فى شأن المواقعة الجنسية غير المشروعة بدون رضاء صحيح من المرأة ، وهو ما يشكل جريمة الاغتصاب .

وإلى جانب توفر عنصر العلم ، فانه يجب أن تتوفر لدى الجانى الارادة إلى مواقعة الأنثى بغير رضاها ، وهذه الارادة يفترض أنها موجودة بتحقق الاتصال الجنسى ، إذ أنه لا يتأتى إلا عن طواعية واختيار فى الغالب الاعم فهو إشباع لرغبة جنسية ، وتعبير عن حاجة بيولوجية وفطرية مركوزة فى النوع الانسانى ، والرجل هو الطرف الذى يملك الأداة الفاعلة فيــه ، فكانت المواقعة دليــلا على اتجاه الارادة .

ومتى توفر عنصر العلم والارادة ، فقد وجد القصد الجنائى ، ومن ثم وجدت جريمة الاغتصاب ، ولا يمكن التعلل بعدم قيام الجريمة ، بسبب الباعث عليهــا ، إذ أنه لا عبرة بالبواعث ، وإذا كان الباعث لا يؤثر على قيام الجريمة فيما لو كان القصد من ارتكاب الجريمة سيئا كما فى التشهير أو الانتقام وغيرهما ، بل إن هذا القصد لا يعتد به ، ولو كان حسنا ، كما لو واقع أنثى كرها عنها ، لحملها على الزواج منه ، أو واقع مطلقته فى الطلاق البائن حرصا على جمع شمل الاسرة وصيانة للاولاد .

كذلك ينتفى القصد الجنائى إذا ثبت أن الجانى لم يواقع المجنى عليها بغير رضاها ، وأن ما أبدته من مقاومة ، لم تكن من قبيل المقاومة الجدية ، وإنما كانت على سبيل التمنع والإباء الظاهرى ، الذى لا يؤثر على رضاها الصحيح باتصال الرجل بها •

المبحث الرابع

الركن الشرعى المعنوى

تعمد الوقاع أو الاتصـــال الجنسى

ينبغى لقيام جريمة الاغتصاب ، أن يتعمد الرجل مواقعة المرأة بغير رضاها ، وأن يترجم بمسلكه عن اتجاه نيته وقصده إلى الاتصال الجنسى بالمرأة رغما عنها ، وهو ما يتأتى باتيـــان الافعـــال المكونة للاغتصاب ، والتى تمثل الركن الشرعى المادى ، بأن يطأ الرجل المرأة المحرمة عليه بغير رضاها ، ســـواء تم ذلك بالاكراه ، أو بغيره من الوسائل التى تنفى رضا المرأة ، كالصغر والاغماء والجنون ، والسكر وغيرها •

ويتطلب قيام الركن المعنوى فى الشرع ، أن يقصد الجانى إلى مواقعة المرأة ، قصدا صحيحا ، بأن يكون على علم بتحريم الوطء ، وألا يكون قد أخطأ فى اعتقاده ، وهو ما يحتاج إلى بعض البيان •

فالخطأ فى الوطء ، يكون بأن يأتى الرجل المرأة ، على خلاف ظنه إذ أن الخطأ فعل ضد الصواب ، وهو وقوع الشىء على غير إرادة الشخص ، وهو عذر صالح لسقوط حق الله تعالى ، إذا حصل عن

اجتهاد ، ويصير شبهة فى دفع العقوبة ، حتى لا يأثم الخاطىء ، ولا يؤاخذ بحد أو قصاص ، لأنه جزاء كامل على ارتكاب الفعل المحرم ، فلا يجب على المعذور (١) ، والاصل فيه قوله تعالى : « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به » • والزنا حق من حقوق الله تعالى ، فيسقط الحد على الرجل الذى واقع امرأة خطأ ، بأن التبس عليه الامر ، بأن اعتقد انها مباحة له ، فجامعها رغما عنها ، بناءا على ذلك •

ويرتبط بالخطأ الجهل وعدم العلم ، بأن الفعل المحرم عليه • والقاعدة فى هذا الخصوص ، أن كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس ، لم يقبل ، إلا أن يكون قريب عهد بالاسلام ، أو نشأ ببادية بعيدة ، يخفى فيها ، مثل ذلك : كتحريم الزنا والقتل ، والسرقة والخمر ، والكلام فى الصلاة ، والاكل فى الصوم ، والقتل بالشهادة إذا رجعا وقالا تعمدنا ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا ، ووطء المغصوبة (٢) •

ومن ذلك نعلم أن الجهل فى الشرع هو عدم العلم عما من شأنه العلم ، فإن قارن اعتقاد النقيض فهو مركب ، وهو المراد بالشعور بالشيء على خلاف ما هو به ، وإلا فهو — أى الخطأ — بسيط ، وهو المراد بعدم الشعور • وحكم الجهل فى موضع الاجتهاد الصحيح ، أو فى موضع الشبهة ، أنه يصلح عذرا وشبهة ••• كمن زنى بجارية والده أو زوجته على ظن أنها تحل له (٣) •

---

(١) النسفى ، كشف الاسرار ، ج ٢ ، ص ٥٦٧ .
(٢) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٢٠ .
(٣) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

هذا هو الخطأ والجهل ، والقاعدة العامة التى تحكمه ، ويتبين منه ، أن الجهل والخطأ لا يبيح الزنا أو الاغتصاب ، ولا يرفع عنه وصف التجريم •

ونريد أن نبحث حكم مواقعة الرجل المرأة ، عند الجهل بالتحريم، أو حالة وجود شبهة فى المذاهب الفقهية ، لنبحث عنصر الارادة فى القصد الجنائى •

المذهب الحنفى :

أولا — العـــلم :

يشترط المذهب الحنفى العلم بتحريم الوطء أو الاتصال الجنسى بالمرأة ، وها هى النصوص المقررة لذلك :

يقول ابن عابدين : إن من شرائطه — أى الزنا — العلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة ، لم يجب الحد للشبهة • وأصله ما روى سعيد بن المسيب ، أن رجلا زنى باليمن ، فكتب فى ذلك عمر رضى الله تعالى عنه : إن كان يعلم أن الله حرم الزنا ، فاجلدوه ، وإن كان لا يعلم فعلموه ، فان عاد فاجلدوه ، ولأن فى الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم ، فان كان فى الشيوع والاستفاضة فى دار الاسلام ، أقيم مقام العلم ، ولكن لا أقل من ايراث شبهة لعدم التبليغ • وبه علم أن الكون فى دار الاسلام ، لا يقوم مقام العلم فى وجوب الحد ، كما هو قائم مقامه فى الاحكام كلها • ورده فى فتح القدير ، بأن الزنا حرام فى جميع الاديان والملل ، فالحربى إذا دخل دار الاسلام فأسلم فزنى ، وقال : ظننت أنه حلال يحد ، ولا يلتفت إليه ، وإن كان فعله

أول يوم دخوله ، فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلى أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد ، لانتفاء شرط الحد ... ونازع فيه بما مر عن عمر وبأن الحرمة الثابتة فى كل ملة لا تنافى أن بعض الناس يجهلها ، كيف والباب تقبل فيه الشبهات . وأما مسألة الحربى فلعلها على قول من لا يشترط العلم (١) .

ويقول الموصلى : ومن وطىء جارية ولده وإن سفل ، وقال : علمت أنها على حرام ، أو وطىء جارية أبيه وإن علا ، أو أمه او زوجته أو سيده ، أو معتدته عن ثلاث ، وقال : ظننت أنها حلال لم يحد . ولو قال : علمت أنها حرام حـد .. والأصـل فى ذلك قوله — ﷺ — « ادرءوا الحدود بالشبهات » . ثم الشبهة أنواع : شبهة فى المحل ، وشبهة فى الفعل ، وهى شبهة الاشتباه وشبهة فى العقد . أما الشبهة فى المحل : فهو أن يطأ جارية ابنه ... أو وطأ المبـانة بالكنايات فى عدتها ، أو وطىء الجارية المشتركة ، فانه لا يجب الحد فى جميع هذه الصور ، وان قال : علمت أنها حرام ، لأن الشبهة فى الملك وهو المحل موجود ، سواء علم بالتحريم أو لم يعلم . وأما شبهة الفعل ففيما إذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو جارية زوجته والمطلقة ثلاثا أو على مال فى العدة .. فان قال : ظننت أنها حلال لا حد عليه . وإن قال : علمت أنها حرام حد ، لانه ظن أن الفعل مباح له كما يباح له الانتفاع بماله ، أو له نوع حق فى المحل ببقاء العدة ، فظن ان ذلك يبيح وطأها ، فكان ظنه مستند إلى دليل ، فكان شبهة فى درء الحد ، إذا ادعى الحل ، وبدون الدعوى انعدمت الشبهة ، ولا يثبت النسب

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، جـ ٤ ، ص ٦ .

إذا ادعاه لأنه زنا محض ، لأن سقوط الحد لاشتباه الأمر عليه ، لا للشبهة فى نفس الأمر ، فان حضرا فقال أحدهما : ظننت أنه حلال لا حد على واحد منهما ، حتى يقرا جميعا بالحرمة ، لأن أحدهما إذا ادعى الشبهة ، خرج فعله عن أن يكون زنا ، فخرج فعل الآخر ، فسقط الحد عنهما ... وأما شبهة العقد ، بأن وطىء امرأة تزوجها بغير شهود ، أو أمة بغير إذن مولاها .. ولو تزوج مجوسية أو خمسة فى عقدة ، أو جمع بين أختين ، أو تزوج بمحارمه ، فوطئها ، فانه لا يحد عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإن قال : علمت أنها على حرام . وعندهما : يحد إذا كان عالما بالحرمة ، لأنه عقد لم يصادف محله ، لأن محله ما يثبت فيه حكمه . وحكمه الحل ، وهو غير ثابت بالاجماع ، فصار كاضافة العقد إلى الذكر . ولأبى حنيفة أنه عقد صادف محله ، لأن محله ما هو صالح لحصول المقصود ، والمقصود من النكاح التوالد والتناسل ، والانثى من الآدميات قابلة لذلك ، وقضية ثبوت الحل ايضا ، الا أنه تقاعد عنه فأورث شبهة ، وأنها تكفى لسقوط الحد ، إلا أنه يجب عليه التعزير ويوجع عقوبة ، لأنه ارتكب جناية ليس فيها حد مقدر فيعزر (١) .

ويقول المرغينانى : والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته ، يؤيد ذلك قوله — ﷺ — : « ادرءوا الحدود بالشبهات » .

ثم الشبهة نوعان : شبهة فى الفعل ، وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة فى المحل ، وتسمى شبهة حكمية .

---

(١) الموصلى ، الاختيار ، ج ٣ ، ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ .

فالاولى : تتحقق فى حق من اشتبه عليه ، لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا ، ولابد من الظن ، ليتحقق الاشتباه .

والثانية — شبهة فى المحل — تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ، ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده ، والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث ، والنسب يثبت فى الثانية ، إذا ادعى الو‍ ولا يثبت فى الاولى وإن ادعاه ، لأن الفعل تمحض زنا فى الاولى ، وإنما يسقط الحد لامر راجع إليه ، وهو اشتباه الامر عليه ، ولم يتمحض فى الثانية .

فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع : جارية أبيه وأمه وزوجته ، والمطلقة ثلاثا ، وهى فى العدة ، وبائنا بالطلاق على مال وهى فى العدة ، وأم ولد أعتقها مولاها وهى فى العدة ، وجارية المولى فى حق العبد ، والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود ، ففى هذه المواضع لا حد عليه ، إذا قال ظننت أنها تحل لى ، ولو قال : علمت أنها على حرام وجب الحد والشبهة فى المحل فى ستة مواضع : جارية ابنه ، والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات ، والجارية المبيعة فى حق البائ‍ قبل التسليم ، والممهورة فى حق الزوج قبل القبض ، والمشتركة بينه وبين غيره ، والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن ، ففى هذه المواضع لا يجب الحد ، وإن قال علمت أنها على حرام . ثم الشبهة عند أبى حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وإن كان متفقا على تحريمه ، وهو عالم به ، وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك فى نكاح المحارم (١) .

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، ج ٢ ، ص ١٠٠ .

ويقول الكاسانى : وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود ، أو بغير ولى عند من لا يجيزه ، لا يوجب الحد ، لأن العلماء اختلفوا ، منهم من قال : يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية ، فاختلافهم يورث شبهة . وكذلك إذا تزوج معتدة الغير أو مجوسية أو مدبرة أو أمة على حرة ، أو امة بغير إذن مولاها ، أو العبد تزوج امرأة بغير إذن مولاه ، فوطئها لا حد عليه ، لوجود لفظ النكاح من الاهل فى المحل ، وأنه يوجب شبهة . وكذلك إذا نكح محارمه أو الخامسة أو أخت امرأته ، فوطئها لا حد عليه عند أبى حنيفة وإن علم بالحرمة وعليه التعزير ، وعندهما والشافعى رحمهم الله تعالى عليه الحد . والاصل عند أبى حنيفة عليه الرحمة ، أن النكاح إذا وجد من الاهل مضافا إلى محل قابل لمقاصد النكاح ، يمنع وجوب الحد ، سواء كان حلالا أو حراما ، وسواء كان التحريم مختلفا فيه أو مجمعا عليه ، وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه ، أو علم بالحرمة . والأصل عندهما : أن النكاح إذا كان محرما على التأبيد ، أو كان تحريمه مجمعا عليه ، يجب الحد ، وإن لم يكن محرما على التأبيد ، أو كان تحريمه مختلفا فيه ، لا يجب الحد (١) فيه .

إن موقف المذهب الحنفى من العلم بالتحريم من جانب الرجل ، عند وطئه للمرأة ، واضح فى أنه شرط ، للقول بتوفر القصد الجنائى فى الوطء ، حيث يعتبر الجهل بالتحريم من قبيل الشبهة ، وهى تسقط الحد ، ويستند هذا الرأى إلى صنيع عمر بن الخطاب ، ولأن الاحكام فى الشرع ، تثبت بعد العلم بها ، وإذا كانت الاقامة فى دار الاسلام

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٣٥ .

تفترض العلم بالقاعدة الشرعية ، وعدم الاعتذار بجهلها ، إلا أن هذا يعد شبهة فى مسائل الحدود ، فلا يعد القصد إلى الوطء الحرام ، موجودا فى حقه .

غير أن اشتراط العلم بالتحريم ، ليس مسلما به ، عند فقهاء الحنفية فان البعض يرى ، أن العلم بالتحريم مفترض فى حق الكافة ، ولا يقبل الاعتذار بعدم العلم ، لأن الزنا محرم فى سائر الاديان السماوية . ونعتقد أن الرأى الأول ، هو الأرجح ، لفعل عمر ، وللطبيعة الخاصة للحدود ، فهى متفردة فى نسبتها إلى الله تعالى ، وفى جسامة العقوبة المقررة على مرتكبيها .

وفيما يتعلق بنظر المذهب فى الشبهة ، فانها تنقسم إلى أقسام ثلاثة :

١ — شبهة فى الفعـل .

٢ — شبهة فى المحـل .

٣ — شبهة فى العقـد .

وتعرف الشبهة بأنها اسم لما يشبه الثابت ، وليس بثابت .

١ — الشبهة فى الفعل :

وهى شبهة فى حق من اشتبه عليه الفعل ، بأن يظن خطأ غير الدليل دليلا . وذلك مثل أن يواقع الرجل امرأته المطلقة ثلاثا ، وهى فى العدة ، أو يطأ زوجته التى طلقها طلاقا بائنا على مال ، وهى فى العدة. والشبهة فى الفعل يقتصر أثرها على من يعتقد حل الوطء ، دون من يعتقد حرمته ، فهذا الخطأ فى الظن بأباحة مواقعة المرأة ، استنادا إلى

دليل موهوم ، معتمده أن المجنى عليها هى زوجته ، لأنها فى العدة ، يرتب أثره فى إسقاط الحد . أما إن كان يعلم أن المرأة محرمة عليه ، فيجب عليه الحد ، لأن الشبهة المبنية على الظن الخاطىء فى الاباحة منتفية بعلمه ، فيقام عليه الحد ، إذ لابد من الظن لكى نكون إزاء شبهة فى الفعل .

ومفاد ذلك أن الركن المعنوى ، وهو تعمد الوطء ، لا يكون متوافرا فى الاغتصاب ، لأنه — أى الاغتصاب — فرع عن أصل وهو الزنا ، فمن وطأ امرأته المطلقة ثلاثا ، وهى فى العدة ، على كره منها ، معتقدا خطأ أنها تحل له ، لم يكن بذلك مرتكبا لاغتصاب ، لأن ظنه الخاطىء ، يعتبر شبهة فى الفعل ، فيسقط عنه عقوبتها . وكذلك من اتصل بزوجته التى طلقها بائنا على مال ، وهى فى العدة ، بغير رضاها ، لا يعتبر اغتصابا .

٢ — الشبهة فى المحل :

وهذه الشبهة تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ، بأن يكون سندها دليل من أدلة الشرع ، وليس ظن الجانى واعتقاده ، ويستوى فى هذا أن يكون عالما بالحل من عدمه ، وترتكز هذه الشبهة ، على عدم تحريم المحل ، لوجود دليل يبيحه ، ولأن الشبهة هنا تتعلق بالمحل ذاته ، وهو المناط فى وجود الجريمة أو عدم وجودها ، وحيث إن الدليل يقضى بحل المحل للوطء ، فيعد هذا شبهة قوية ، تنفى وصف الجريمة عن هذا الوطء . مثل أن يطأ مطلقته المطلقة بائنا بطريق الكناية ، فلا يعد ذلك زنا ، لأن طلاق الكناية مختلف فيه ، وقد أثر عن عمر ، أنه كان يقول إن طلاق الكناية رجعى ، فهذه

شبهة فى المحل ذاته ، فأورث شبهة فى عدم زوال النكاح ، ومن ثم لا يعد زنا ، ولو أكرهها على الوطء ، لا يعد ذلك اغتصابا .

والشبهة فى المحل تختلف عن الشبهة فى الفعل ، لأن الأولى مبناها دليل الشرع القاضى بحل المرأة ، فلا عبرة لظنه بالحل أو الحرمة ، لأن الشبهة تتعلق بشىء ثابت وهو المحل ، بينما الثانية ، وهى شبهة الفعل، مبناها ظن الواطىء واعتقاده ، ومن ثم فالعبرة بمعتقده المبنى على الظن الخاطىء ، فان ظن الحل ، قامت الشبهة ، وإن ظن الحرمة انتفت الشبهة ، فمرجعها إلى الشخص لا إلى المحل .

٣ ــ الشبهة فى العقد :

وهى شبهة تقوم على صلاحية المحل ، لحصول المقصود منه ، مع وجود اختلاف فى حكم حل المحل فيه . ويمثل لذلك بمن وطىء امرأة تزوجها بغير شهود ، أو من جمع بين أختين ، أو من جمع بين خمسة فى عقد واحد ، أو من تزوج بمحارمه ، فان الوطء فى هذه الصور ، لا يكون زنا موجبا لاقامة الحد ، وهذا عند أبى حنيفة ، ولا يتأثر هذا الحكم ، بظنه الحل أو الحرمة ، وحجته أن لفظ النكاح صدر من أهله مضافا إلى محله ، والمحل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين وغيرها ، فكانت محلا لحكم النكاح ، فقيام صورة العقد والمحلية يورث شبهة ، أو نقول وجد ركن النكاح والاهلية والمحلية ، إلا أنه فات شرط الصحة ، فكان نكاحا فاسدا ، والوطء فى النكاح الفسد ، لا يكون زنا بالاجماع (١) .

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٣٦ . ويقول : وعلى هذا ينبغى ان يعلل ، فيقال هذا الوطء ليس بزنا ، فلا يوجب حد الزنا ، قياسا على النكاح بغير شهود ، وسائر الانكحة الفاسدة .

ويذهب الصاحبين ، إلى أنه لا تثبت شبهة العقد إذا علم بحرمته بأن كان محرما على سبيل التأبيد ، أو كان تحريمه مجمعا عليه ، كما هو الشأن فى الزواج بالمحارم . والسند على ذلك أن هذا النكاح ، أضيف إلى غير محله ، فيكون لاغيا ، ودليل عدم المحلية ، أن محل النكاح هى المرأة المحللة لقوله سبحانه وتعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » والمحارم محرمات على التأبيد ، لقول الله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ... » الآية إلا أنه إذا ادعي الاشتباه ، وقال ظننت أنها تحل لى سقط الحد ، لأنه ظن أن صيغة لفظ النكاح من الأهل فى المحل ، دليل الحل فاعتبر هذا الظن فى حقه ، وإن لم يكن معتبرا حقيقة ، إسقاطا لما يدرأ بالشبهات ، وإذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة ، فيجب الحد .

وعلى هذا فمن وطىء المرأة التى تزوجها بغير شهود ، بغير رضاها ، أو من وطىء إحدى محارمه التى تزوج بها ، بغير رضاها ، لم تقم جريمة الاغتصاب بهذا الوطء ، عند أبى حنيفة ، بسبب الشبهة فى العقد ، أما عند الصاحبين تقوم جريمة الاغتصاب ، إذا كان عالما بالتحريم ، لانتفاء الشبهة المبنية على علمه بالتحريم ، فان نفى العلم بالتحريم ، بأن ظن أنها تحل له بمقتضى العقد ، فلا قيام للجريمة ، لأن هذا شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

المذهب المالكى :

هناك فى الفقه المالكي ، من يشترط العلم بتحريم الوطء ، كما أنه يعتد بالشبهة ، فى التأثير على قيام الزنا ، بمعناه الاصطلاحى ، وهاك السند على ذلك :

يقول صاحب القوانين الفقهية : الثامن — من شروط حد الزنى — أن يكون عالما بتحريم الزنى ، فان ادعى الجهل به ، وهو ممن يظن به ذلك ، ففيه قولان : لابن القاسم وأصبغ ، ويقول : السابع : أن لا يفعل ذلك بشبهة ، فان كان بشبهة سقط الحد ، مثل أن يظن بامرأة أنها زوجته أو مملوكته فلا حد ، خلافا لأبى حنيفة ، أو أن يكون نكاحا فاسدا مختلفا فيه ، كالنكاح دون ولى أو بغير شهود إذا استفاض واشتهر . فان كان فاسدا باتفاق كالجمع بين الاختين ، ونكاح خامسة ، ونكاح ذوات المحارم من النسب أو الرضاع ، أو تزوج فى العدة ، أو ارتجاع من ثلاث دون أن تتزوج غيره أو شبه ذلك ، فيحد فى ذلك كله ، إلا أن يدعى الجهل بتحريم ذلك كله ، ففيه قولان (١) .

ويقول صاحب تبصرة الحكام عند كلامه عن شروط الحد : الخامس : أن يكون الواطىء عالما بالتحريم على قول أصبغ ، فلا حد عنده على الاعجمى ، ومن كان حديث العهد بالاسلام ، وهو القياس والمشهور الحد . ويقول : ومن نكح خامسة أو امرأته المطلقة ثلاثا قبل زوج ، أو سائر المحرمات المتفق على تحريمها ، فان كان عالما حد ، وإن ادعى الجهل بالتحريم ، ومثله يجهل ذلك لم يحد . ولا حد فى نكاح المتعة على الاصح ، وفيه العقوبة الموجعة ، والعالم أشد من الجاهل ولا يحد من نكح امرأة على عمتها أو خالتها ، ويعاقب ويفسخ النكاح ، وعقوبة العالم بالتحريم أشد من عقوبة الجاهل وأعظم ، قاله أصبغ . وكذلك الذى ينكح امرأته المبتوتة ، لا يحد عالما كان أو

---

(١) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٣٠٣ .

جاهلا ، لاختلاف الناس فى ذلك . وكذلك لا حد على من نكح امرأة فى عدتها على الأصح (١) .

ويقول صاحب التاج والاكليل : قال مالك فى متزوج الخامسة عالما بتحريم ذلك يحد ، وقال فى متزوج المعتدة عالما بالتحريم لا يحد ، ولا فرق بينهما .. أو مبتوتة من المدونة ، من تزوج خامســة ، أو امرأة طلقها ثلاثا ، قبل أن تنكح زوجا غيره ، أو أخته من الرضاعة أو النسب او شيئا من ذوات المحارم عامدا عارفا بالتحريم ، أقيم عليه الحد ، ولم يلحق به الولد . قال وإن تزوج امرأة فى عدتها عالما بالتحريم ، لم يحد وعوقب ، وكذلك ناكح امرأته المبتوته لا يحد عالما كان أو جاهلا ، للاختلاف فيها . وأما إن كانت مطلقة ثلاثا ، فان كان عالما حد ، لأنه لم يختلف فيه ، وإن كان جاهلا لم يحد . وروى على من نكح فى عدة ووطىء فيها ، ولم يعذر بجهالة ، أنه يحد ، ابن يونس، وهذا خلاف المدونة ، وإن بعدة ، الذى لابن الحاجب : لو طلق امرأة ثلاثا ووطئها فى العدة ، أو تزوجها قبل زوج ووطئها ، فانه يحد ، ابن عرفة ظاهره ، ولا يعذر بدعوى الجهالة ، وهو خلاف المدونة(٢).

ويقول صاحب بداية المجتهد : وبالجملة فالانكحة الفاسدة ، داخلة فى هذا الباب ، وأكثرها عند مالك تدرأ بالحد ، الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة ، مثل الأم وما أشبه ذلك ، مما لا يعذر فيه بالجهل (٣) .

(٢) ابن فرحون ، فتح العلى المالك ، ج٢ ، ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ .
(٢) المواق ، التاج والاكليل ، ج ٦ ، ص ٢٩١ ، ٢٩٢ .
(٣) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج٢ ، ص ٤٣٤ .

هذه هى أقوال المالكية ، فى مسألة العلم ، والشبهة ، وأثرهما على القصد الجنائى ، ومنها يتبين أن منهم من يشترط العلم بتحريم الزنا ، ممن يظن فيه ذلك ، بأن يحتمل صدق قوله ، كالاعجمى ، وحديث العهد بالاسلام وعلى أية حال ، فان العلم يظهر أثره فى اسقاط العقوبة ، فيمن تزوج بخامسة ، أو امرأته المطلقة ثلاثا ، قبل أن تتزوج بآخر أو تزوج باحدى المحرمات المتفق على تحريمها ، فان المدار فى إسقاط أو ايجاب العقوبة متوقف على علمه ، فان كان عالما بالتحريم ، وجب الحد ، وإن ادعى الجهل بالتحريم ، ومثله يقبل منه ، سقطت العقوبة وهى الحد .

وتسقط العقوبة وهى الحد ، على من نكح امرأة على عمتها أو خالتها ، كماتسقط على من تزوج امرأة فى عدتها ، أو امرأته المبتوتة ، لأن فى ذلك شبهة تدرأ الحد .

وإن اثر الشبهة على إقامة الحد طاهر ، فان عدم وجود الشبهة شرط من شروط إقامة الحد . فمتى وجدت لدى الواطىء شبهة ، بأن كان يظن حل المرأة له ، سقط الحد عنه ، كما لو وطء امرأة ظانا أنها زوجته ، أو وطء من تزوج بها زواجا فاسدا ، كالزواج بغير شهود ، أو الجمع بين الاختين ، أو الزواج بخامسة ، أو الزواج من إحدى المحارم ، أو راجع من طلقها ثلاثا ، دون أن تتزوج بآخر ، فان عقوبة الحد تطبق عليه ، متى كان عالما بالتحريم ، فان كان جاهلا بتحريم الزواج اعتبر ذلك شبهة فى قول بعض الفقهاء ، فيدرأ الحد عنه ، وتسقط العقوبة للشبهة .

وثمة بعض التعارض فى الاقوال ، منشؤها هل يعذر الواطىء فى ادعائه بعدم العلم بالتحريم ، أم لا يعذر فى ذلك ، ويؤسس قوله على أنه لا يقبل عذره فى الجهل بالتحريم ، إذا كان هناك اجماع من الفقهاء على تحريم المرأة ، كما فى الزواج بالمحارم مثلا • أما إن كان هناك اختلاف بين الفقهاء على تحريم المرأة ، فانه قد يعذر فى دعوى الجهالة بعدم العلم بالتحريم •

ويبدو أن الزواج لفاسد ، قد يقبل العذر بالجهل بالتحريم فيه ، ومن ثم يسقط الحد فى الانكحة الفاسدة ، إلا فى الزواج باحدى المحرمات على سبيل التأبيد ، فلا يقبل العذر بالجهل فيه ، و قام الحد على الواطىء •

ويعنى ذلك أن الوطء فى الانكحة الفاسدة ، بغير رضا المرأة ، لا تقوم به جريمة الاغتصاب ، لامكان الاعتذار بدعوى الجهالة فيه ، فلا يكون عالما بالتحريم ، ومن ثم ينتفى القصد الجنائى لدى الواطىء• أما الوطء فى زواج المحارم بغير رضا ، وكذلك الوطء فى النكاح المجمع على تحريمه بغير رضا ، فلا يعذر بالجهل فيه ، ويعتبر القصد الجنائى متوافرا ، ومن ثم تقوم جريمة الاغتصاب •

المذهب الشافعى :

يشترط الشافعية لوجوب الحد فى جريمة الزنا ، العلم بالتحريم ، كما أنهم يعتدون بالشبهة فى اسقاط الحد بضوابط معينة كما يبين ذلك من خلال عرض النصوص الآتية :

يقول صاحب المهذب : ولا يجب على من لا يعلم تحريم الزنى ، لما روى سعيد بن المسيب ، قال : ذكر الزنا بالشام ، فقال رجل : زنيت البارحة ، فقالوا ما تقول ؟ قال : ما علمت أن الله عز وجل حرمه ، فكتب يعنى عمر : إن كان يعلم أن الله حرمه فخذوه ، وإن لم يكن قد علم فأعلموه ، فان عاد فارجموه • وروى أن جارية سوداء ، رفعت إلى عمر رضى الله عنه ، وقيل إنها زنت ، فخفقها بالدرة خفقات ، وقال أى لكاع زنيت ؟ فقالت من غوش بدرهمين ، تخبر بصاحبها الذى زنى بها ، ومهرها الذى أعطاها • فقال عمر رضى الله عنه : ما ترون ؟ وعنده على وعثمان وعبد الرحمن بن عوف ، فقال على رضى الله عنه : أرى أن ترجمها • وقال عبد الرحمن بن عوف : أرى مثل ما رأى أخوك ، فقال لعثمان ، ما تقول ؟ قال : أراها تستهل بالذى صنعت ، لا ترى به بأسا ، وانما حد الله على من علم أمر الله عز وجل ، فقال : صدقت •

فان زنى رجل بامرأة وادعى أنه لا يعلم بتحريمه ، فان كان قد نشأ فيما بين المسلمين ، لم يقبل قوله ، لانا نعلم كذبه • وإن كان قريب العهد بالاسلام ، أو نشأ فى بادية بعيدة عن المسلمين ، أو كان مجنونا فأفاق وزنى قبل أن يعلم الاحكام ، قبل قوله ، لأنه يحتمل ما يدعيه ، فلم يجب الحد (١) •

هذا بخصوص العلم ، أما عن الشبهة ، فهذا يظهر فى قول صاحب مغنى المحتاج عند إيراده لماهية الزنا بقوله : إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه ، خال عن الشبهة ، المسقطة للحد •• قال ابن

---

(١) الشيرازى ، المهذب ، جـ٢ ، ص ٣٤٣ .

شبهة : وفيه زيادة لا حاجة إليها ، وهى قوله : خال عن الشبهة ، لخروج الشبهة بقيـد التحريم فان وطء الشبهة ، لا يوصـف بحل ولا حرمة على الاصح • لكن الشبهة ثلاثة أقسام : شبهة فاعل ، كأن يكون جاهلا ، وشبهة محل كظن أنها زوجته ، وشبهة جهـة ، كالنكاح بلا ولى • والذى لا يوصف بحل ولا حرمة هو القسم الأول•

ثم يقول : واحترز بخال عن الشبهة ، عن شبهة المحـل ، التى تضمنها قوله : وكذا أمته المزوجة والمشتركة والمعتدة من غيره ، والمجوسية والوثنية والمسلمة وهو ذمى ، فلا حد بوطئها جزما • وقيل فى الأظهر •

ويقول : واحترز عن شبهة الطريق التى تضمنها قوله : وكذا كل جهة أباحها ، أى قال بالوطء بها عالم ، كنكاح بلا شهود فقط كما قال به مالك ، أو بلا ولى فقط ، كما قال به أبو حنيفة ، أو بولى وشهود ، ولكنه مؤقت ، وهو نكاح المتعة كما قال به ابن عباس رضى الله تعالى عنهم ، لا حد بالوطء فيه على الصحيح ، وإن اعتقد تحريمه ، لشبهة الخلاف • وقيل يجب على معتقد التحريم دون غيره ، وقيل يجب على معتقد الاباحة أيضا ، كما يحد الحنفى على شرب النبيذ ، وفى قول : يجب فى نكاح المتعة ، لأنه ثبت نسخه ، وابن عباس رجع عنه كما رواه البيهقى [1] •

ويقول صاحب الاحكام السلطانية : وإذا ادعى فى الزنا شبهة محتملة ، من نكاح فاسد ، أو اشتبهت عليه بزوجته ، أو جهل تحريم

---

(١) الخطيب ، مغنى المحتاج ، ج٤ ، ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

الزنا ، وهو حديث الاسلام ، درىء بها عنه الحد ، قال النبى — ﷺ — « ادرءوا الحدود بالشبهات » .

وقال أبو حنيفة : إذا اشتبهت عليه الاجنبية لزوجته ، لم يكن ذلك شبهة له ، وحد من أصابها . وإذا أصاب ذات محرم بعقد نكاح حد ، ولا يكون العقد ، مع تحريمها بالنص ، شبهة فى درء الحد ، وجعله أبو حنيفة شبهة ، يسقط بها الحد عنه (١) .

هذا هو تقرير مذهب الشافعية ، فى شأن العلم والشبهة . وإن المذهب يقوم على اشتراط العلم بالتحريم ، للقول بتوفر القصد الجنائى وتوفر الركن الشرعى ، ذلك أن الجانى ، إذا لم يعلم تحريم الزنى ، ووطء المرأة بناء على جهله هذا ، سقط الحد ، لأن حد الله يقام على من علم أمر الله تعالى . والاساس فى ذلك الاثر المروى عن عمر ، ومقولة عثمان فى الجارية الزانية .

غير أن أدعاء الجهل أو عدم العلم ، يجب أن ينضبط بضابط محدد لنسد الباب على أدعياء الفاحشة والرزيلة ، والضابط فى مدعيه ، ألا يكون قد نشأ بين المسلمين ، فانه لا يقبل الاعتذار بجهل قاعدة شرعية ، فيمن نشأ بين أظهر المسلمين . أما إن نشأ بين غير المسلمين ، كأن كان فى أرض غير أرض الاسلام ، أو لم يكن مسلما واعتنق الاسلام ، أو كان به آفة كالجنون ، فارتكب الجريمة وادعى عدم العلم ، بتحريم الزنى ، فانه يقبل منه الاعتذار بجهل القاعدة الشرعية ، لامكان تصديقه فيما يدعيه من الجهل أو عدم العلم

---

(١) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٢٢٥ .

بالتحريم ، بسبب نشأته البعيدة ، أو بسبب حداثة عهده بالاسلام ، أو بسبب الآفة التى ألمت به ، وهى الجنون ، فحجبت عنـه العلم بالاحكام .

وتطبيقا لذلك ، فان واقع رجل بهذه الصفة ، امرأة رغما عنها ، وادعى الجهل بتحريم الزنى لم يقم بذلك القصد الجنائى فى جريمة الاغتصاب . لأنه كان خارج دار الاسلام ، أو كان غير مسلم أو كان مجنونا ، ثم زنى قبل أن يعلم الحكم بالتحريم ، فمثل هذا يصح فى حقه الجهل بالقاعدة الشرعية فى تحريم الزنا .

فاذا انتقلنا إلى بيان الشبهة ، وأثرها على العقوبة ، فانه يمكن القول بوجه عام ، بأن وجود الشبهة ، من شأنه أن يسقط العقوبة . وتنقسم الشبهة فى المذهب الشافعى ، إلى ثلاثة أقسام :

١ ـ شـبهة الفاعل :

وهى شبهة تقوم على ظن الجانى واعتقاده ، كأن يكون جاهلا تحريم الزنى ، فهذه الشبهة منشؤها الشخص الواطىء نفسه ، وظنه الخاطىء بحل إتيان المرأة له ، كما لو اعتقد أن من يطأها حلال له لعذر قهرى توفر له ، لنشأته فى غير دار الاسلام ، فهذه شبهة تسقط الحد ، والمناط فيها أن الفاعل قد واقع المرأة ، غير عالم بتحريم الفعل.

٢ ـ شـبهة المحـل :

وهى شبهة تقوم على ما يقتضى حل المحل ، فهذه الشبهة أساسها محل الوطء ، وهو المرأة ، وليس اعتقاد الواطىء وظنه ، بأن يعتقـد أن من يجامعها هى حل له ، لأنها زوجته كأن يواقع زوجته حال الحيض أو النفاس ، وفى حال الصوم والاحرام ، والاستبراء من العدة ،

فلا حد عليه ، لأن المحل حل له بمقتضى العقد ، وإذا كان ثمة تحريم ، فان التحريم ، ليس لعينة ، بل لامور عارضـــة (١) ، هى الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام ، أو الاستبراء ، ومثل هذا لا ينفى أصل حل المحل ، لأنه ثابت بمقتضى العقد .

٣ — شبهة الجهة أو الطريق :

وهى الشبهة القائمة على الاختلاف بين الفقهاء حول حل أو تحريم المرأة ، فكل جهة قال باباحه وطء المرأة فيها ، أحد الفقهاء سقط الحد ، كما يقول أبو حنيفة فى إباحة الزواج بدون ولى ، أو كما يقول مالك بحل الزواج بدون شهود . أو كما يقول ابن عباس بحل زواج المتعة . فان الاتصال الجنسى بالمرأة ، ليس فيه عقوبة الحد ، ولا يعد الفعل من قبيل الزنا المحرم ، وإن اعتقد تحريم الوطء فيها ، لشبهة الخلاف، لأن الاختلاف بين الفقهاء فى الحل والتحريم فى صور الزواج هذه ، يعد شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

وبالنسبة للاغتصاب ، فلو واقع الرجل المرأة ، كرها عنها ، أو بغير رضاها فى هذه المسائل ، فى الزواج بدون شهود ، أو الزواج من غير ولى ، أو فى زواج المتعة ، لم تقم بهذه المواقعة جريمة الاغتصاب، لانتفاء القصد الجنائى فيها ، وهو ما يجعل الركن المعنوى غير موجود.

المذهب الحنبـلى :

يؤصل المذهب الحنبلى شرط العلم بالتحريم ، كما أنه يعتـد بالشبهة فى بعض المواضع .

---

(١) الخطيب ، مغنى المحتاج ، ج٤ ، ص ١٤٤ .

يقول ابن قدامة : ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا . قال عمر وعثمان وعلى : لا حد إلا على من علمه ، وبهذا قال عامة أهل العلم . فان ادعى الزانى الجهل بالتحريم ، وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالاسلام ، والناشىء ببادية قبل منه ، لأنه يجوز أن يكون صادقا . وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشىء بين المسلمين ، وأهل العلم لم يقبل ، لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك ، فقد علم كذبه ، وان ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله ، لأن عمر قبل قول المدعى الجهل بتحريم النكاح فى العدة . ولأن مثل هذا يجهل كثيرا ، ويخفى على غير أهل العلم (١) .

وعن الشبهة يقول ابن قدامة : وكل نكاح أجمع على بطلانه ، كنكاح خامسة أو متزوجة او معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثا ، إذا وطىء فيه عالما بالتحريم ، فهو زنا ، موجب للحد المشروع فيه قبل العقد ، وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة وصاحباه : لا حد فيه ... وقال النخعى : يجلد مائة ولا ينفى .

ولنا ما ذكرناه فيما مضى . وروى أبو نصر المروذى باسناده عن عبيد بن فضيلة ، قال : رفع إلى عمر بن الخطاب امرأة تزوجت فى عدتها ، فقال : هل علمتما ، فقال : لا ، قال : لو علمتما لرجمتكما ، فجلده أسواطا ، ثم فرق بينهما .

وروى أبو بكر باسناده عن خلاس ، قال : رفع إلى على عليه السلام : امرأة تزوجت ، ولها زوج كتمته فرجمها ، وجلد زوجها

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٨ ، ص ١٨٥ .

الآخر مائة جلدة ، فان لم يعلم تحريم ذلك ، فلا حد عليه لعذر الجهل، ولذلك درأ عمر الحد عنهما لجهلهما .

ولا يجب الحد بالوطء فى نكاح مختلف فيه ، كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولى ولا شهود . نكاح الاخت فى عدة أختها البائن ، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة البائن ، ونكاح المجوسية . وهذا قول أكثر أهل العلم ، لأن الاختلاف فى إباحة الوطء فيه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه العلم من أهل العلم ، أن الحدود تدرأ بالشبهة (١) .

وعن أثر الشبهة فى الوطء ، يقول البهوتى : الشرط الثالث من شروط حد الزنى : انتفاء الشبهة لقوله — ﷺ — « ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » ... فلو وطىء امرأته أو أمته فى حيض أو نفاس أو دبر ، فلا حد . لأن الوطء قد صادف ملكا . أو وطىء امرأة على فراشه . أو امرأة فى منزله ظنها امرأته . أو زفت إليه ، ولو لم يقل له : هذه امرأتك ، ظنها امرأته أو أمته ، فلا حد للشبهة .. أو دعا الضرير امرأته فأجابه غيرها ، فوطئها ، فلا حد للشبهة . بخلاف ما لو دعا محرمة عليه ، فأجابه غيرها فوطئها يظنها المدعوة ، فعليه الحد ، سواء كانت المدعوة ممن له فيها شبهة كالجارية المشتركة ، أو لم يكن ، لأنه لا يعذر بهذا ، أشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه ، فبان أجنبيا .. أو وطىء فى نكاح مختلف فى صحته ، أو فى ملك مختلف فى صحته كنكاح متعة ، ونكاح بلا ولى ، أو بلا شهود . ونكاح الشغار

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ٨ ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ .

والمحلل ، ونكاح الاخت فى عدة أختهـا ونحوها ، البائن • ونكاح خامسة فى عدة رابعة بائن ، ونكاح المجوسية ، وعقد الفضولى ، ولو قبل الاجازة ، سواء اعتقد تحريم ذلك أو لا ، هذا المذهب ، وعليه جماهير الاصحاب • وعنه : عليه الحد إذا اعتقد تحريمه ، اختاره ابن حامد ، ويفرق بينهما فى هذا النكاح •••

وبالنسبة للعلم بالتحريم يقول البهوتي : وإن جهل الزانى تحريم الزنا ، لحداثة عهده بالاسلام ، أو نشأته ببادية بعيدة عن دار الاسلام أو جهل تحريم نكاح باطل إجماعا كخامسة ، فلا حد للعذر ، ويقبل منه ذلك • لأنه يجوز أن يكون صادقا • ولا يسقط الحد بجهل العقوبة، إذا علم التحريم ، لقضية ماعز ، فانه — ﷺ — أمر برجمه ، وروى : أنه قال فى أثناء رجمه : ردونى إلى رسول الله — ﷺ — فان قومى غرونى من نفسى ، وأخبرونى أن النبى — ﷺ — غير قاتلى — الحديث رواه أبو داوود (١) •

يقول المذهب الحنبلى ، ضرورة العلم بالتحريم ، فى وجـود القصد الجنائى لفعل الوطء أو الزنا ، فالعالم بتحريم الوطء ، هو المرتكب لجريمة الزنا ، الموجبة للحد ، وغير العالم بهذا التحريم ، ليس مرتكبا للجريمة ، وليس عليه حد الزنا • ويضع المذهب الضابط فى الجهل ، بأن يكون الواطىء فى ظروف ترشح جهله بالتحريم ، وترجح دعواه فى ادعائه ، كأن يكون حديث العهد باعتناق الاسلام ، أو نشأ فى أرض غير دار الاسلام ، أو فى بادية بعيدة عن أرض المسلمين •

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ٦ ، ص ٩٦ ، ٩٧ .

أما إن كانت الظروف لا تؤهل لقبول ادعائه بالجهل بتحريم الزنى، كما لو كان مسلما نشأ فى دار الاسلام ، أو كان مسلما بين غير المسلمين إلا أنه على اتصال بالمسلمين ، لم تقبل دعواه بالجهل ، لأن العلم بالتحريم ، لا يخفى على من فى مثل حاله ، فهو كاذب فى دعواه .

والمقصود بالجهل بالتحريم ، الذى يؤثر فى القصد الجنائى ، ولا يؤدى إلى وجود الجريمة بالمعنى الشرعى ، ومن ثم يسقط الحد ، هو الجهل المتعلق بتحريم الفعل وهو الوطء ، وليس الجهل بالعقوبة وهى الحد ، فمن على تحريم الزنى ، وجهل عقوبة الحد ، فالجريمة قائمة ، ولا عبرة بجهله للعقوبة ، فيقام عليه الحد ، لقصة ماعز رضى الله عنه ، ولأن العلم بتحريم الوطء هو المناط فى وجود القصد الجنائى، وقد وجد ، فلا يعتد بما سواه ، لأنه يكون خارجا عن حقيقته .

وفيما يتعلق بالعلم وأثره فى وجود القصد الجنائى ، فاننا نجد المذهب يقرر أن الأصل هو العلم بالتحريم فى النكاح المجمع على أنه باطل ، كالزواج بخامسة ، أو المتزوجة أو المعتدة ، أو الزواج بالمطلقة ثلاثا ، متى كان عالما بالتحريم ، لأن الوطء أو الوقاع ، يعد من قبيل الزنا ، فيقام عليه الحد . أما إن كان غير عالم بتحريم الوطء فى هذه الأنكحة ، فلا يوجد القصد الجنائى إليها ، ومن ثم لا تقوم الجريمة ، ويسقط الحد عن الواطىء فيها .

وإذا تقرر ذلك ، يكون هذا الحكم هو ذاته فى الاغتصاب ، فمن واقع امرأة بغير رضاها فى نكاح مجمع على بطلانه ، كما فى الصور المذكورة ، وهو عالم بالتحريم ، فهو مغتصب للمرأة ، لتعمده وطء

المرأة وهو عالم بتحريمها عليه ، فوجدت الجريمة لوجود ركنيها المادى والمعنوى المتمثل فى العلم بالتحريم ، فيعاقب بعقوبة الاغتصاب •
أما إن انتفى القصد الجنائى لدى الرجل ، بأن واقع المرأة رغما عنها ؛ فى ظل هذه الانكحة وهو يجهل أنهـا محرمة عليه ، لم تقم جريمـة الاغتصاب ، وتسقط عنه عقوبتها • والسند على ذلك ما روى عن عمر ابن الخطاب ، فى درئه الحد على من جهل تحريم الوطء على من تزوج امرأة فى عدتها •

وفيما يتعلق بالشبهة ، يقرر المذهب أن عدم وجودها شرط فى إقامة الحد ، فلن الحد يقام عند انتفائها ، للحديث الوارد فى هـذا الشأن ، ويأخذ الحنابلة بتقسيم الشبهة إلى أقسام ثلاثة : شـبهة الفاعل ، وشبهة المحل ، وشبهة الجهة أو الطريق • وذلك مبناه الامثلة التى ساقوها ، فهم فى ذلك كالشافعية •

فهم يقولون إن الرجل إذا واقع امرأته فى حيض أو نفاس أو من الخلف ، فلا حد عليه ، لأن المرأة تحل له بمقتضى العقد الصحيح بينهما ، وهذه الامور عارضة ، فلا تؤثر على حلها له • وهذه هى شبهة المحل •

وهم يقولون إن الرجل إذا واقع المرأة ، فى زواج مختلف فيه ، كمن يطء المرأة فى زواج المتعة ، أو فى الزواج بدون ولى ، أو بدون شهود ، يسقط الحـد عنه ، لقيام الشـبهة ، وهى الحـل على رأى القائلين به ، فأورث شبهة أثرت فى درأ الحد ، وهذه الشبهة من قبيل شبهة الجهة أو الطريق •

وهم يقولون إن الرجل الذى يطأ امرأة وجدت على فراشه ، ظن أنها زوجته ، أو وطأ امرأة فى منزله ظنها زوجته ، أو وطأ امرأة زفت إليه على انها زوجته ، وظن انها كذلك ، أو وطأ الاعمى المرأة التى دعاها على أنها زوجته ، سقط الحد عن الواطىء فيها ، ولم تقم الجريمة لأن القصد الجنائى انتفى لديه ، لأنه ظن خطأ أن المرأة الموطوءة زوجتهو لم تكن كذلك ، فكان هذا شبهة تسقط الحد ، وهذه الشبهة من قبيل شبهة الفاعل .

ويلاحظ أن هذه الشبهات الثلاثة ، تؤثر على وجود القصد الجنائى فى جريمة الاغتصاب ، شأنها شأن جريمة الزنا ، ومن ثم فلا يعاقب الجانى عند وجودها بعقوبة الاغتصاب ..

المذهب الظـاهرى :

يقف المذهب الظاهرى من انعلم ، موقف المعتد بها بضوابط ذكرها ابن حزم بقوله : وأما من تزوج خامسة فان حماما قال : عن الزهرى فى الرجل يتزوج الخامسة ، قال : يجلد ، فان طلق رابعة من نسائه طلقة أو طلقتين ، ثم تزوج الخامسة قبل انقضاء عدة التى طلق ، جلد مائة .. قال ابن شهاب : فى رجل نكح الخامسة ، فدخل بها ، قال : إن كان قد علم ذلك أن الخامسة لا تحل رجم . وإن كان جاهلا جلد أدنى الحدين ، ولها مهرها بما استحل منها ، ثم يفرق بينهما ، ولا يجتمعان أبدا . فان علمت رجمت إن أحصنت وجلدت إن لم تحصن ، فان لم تعلم أن تحته أربع نسوة فلا عقوبة عليها ، فان ولدت لم يرثه ولدها . وعن أبراهيم النخعى فى الذى ينكح الخامسة متعمدا ، قبل أن تنقضى عدة الرابعة من نسائه ، أنه يجلد مائة ،

ولا ينفى • وقال آخرون : غير هذا كما روى عن الاوزاعى ، قال : سألت ابن شهاب عن الرجل : يتزوج الاخت على الاخت والخامسة ، وهو يعلم أنه حرام ، قال : يرجم إن كان محصنا قال ابن وهب : وسمعت الليث يقول ذلك ، وقال مالك والشافعى وأصحابنا : يرجم إلا أن يعذر بجهل •

قال أبو محمد — هو ابن حزم — فلما اختلفوا كما ذكرنا وجب أن ننظر فى ذلك ، فوجدنا من قال لا حد على من تزوج خامسة ، يحتج بما ذكرنا •• والرد عليه قد ذكرناه هنالك أيضا بما جملته ، أنه ليس زواجا ، لأن الله تعالى حرمه ، وإذ ليس زواجا فهو عهر ، فاذ هو عهر فعليه حد الزنى ، وعليها كذلك إن كانا عالمين ، بأن ذلك لا يحل ، ولا يلحق فيه الولد أصلا • فان كانا جاهلين فلا حد فى ذلك لما ذكرنا ، ويلحق الولد • وإن كان أحدهما جاهلا والآخر عالما ، فالحد على العالم ، ولا شىء على الجاهل • وأما من قال : أنه يجلد أدنى الحدين ، فليس بشىء لما ذكرنا هنالك من أنه زان أو غير زان • فان كان زانيا فعليه حد الزنا كاملا • وإن كان غير زان فلا شىء عليه، لأن بشرته حرام ، إلا بقرآن أو بسنة • وبالله تعالى التوفيق •

مسألة : امرأة تزوجت فى عدتها ، ومن طلق ثلاثا قبل الدخول أو بعده ثم وطىء •

قال أبو محمد رحمه الله : روى عن سعيد بن المسيب ، أن امرأة تزوجت فى عدتها ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب ، فضربها دون الحد ، وفرق بينهما • وعن الشعبى أنه قال : فى امرأة نكحت فى عدتها عمدا ، قال : ليس عليها حد • وعن ابراهيم النخعى بمثله •

قال أبو محمد رحمه الله : والاسناد إلى عمر منقطع ، لأن سعيدا لم يلحق عمر رضى الله عنه سماعا ، إلا نعيه النعمان بن مقرن على المنبر ، ولا تخلو الناكحة فى عدتها بأن تكون عالمة ، بأن ذلك لا يحل ، أو تكون جاهلة بأن ذلك محرم ، أو غلطت فى العدة . فان كانت جاهلة أو غلطت فى العدة ، فلا شىء عليها ، لانها لم تعمد الحرام ، والقول قولها فى الغلط على كل حال . فان كانت عالمة بأن ذلك لم يحل ولم تغلط فى العدة ، فهى زانية وعليها الرجم . وقد يمكن أن يضربها عمر رضى الله عنه تعزيرا لتركها التعلم من دينها ما يلزمها ، فهو مكان التعزير . وأما من أسقط الحد فى العمد فى ذلك ، فانه إن طرد قوله لزمه المصير إلى قول أبى حنيفة فى سقوط الحد عمن تزوج أمه ، وهو يدرى أنها أمه ، وأنها حرام . وعمن تزوج ابنته كذلك أو أخته كذلك ، وتزوج نساء الناس ، وهن تحت أزواجهن عمدا دون طلاق ، ولا فسخ ، وهذا هو الاطلاق على الزنا ، بل هو الاستخفاف بكتاب الله تعالى . وأما من أسقط الحد فى بعض ذلك ، وأوجبه فى بعض فتناقض ، فان تعلقوا بعمر ، فقد قلنا ليس فى الاثر عن عمر ، أنها كانت عالمة بانقضاء العدة ، ولا بالتحريم ، فلا متعلق لهم بذلك .

قال أبو محمد رحمه الله : والقول فى ذلك كله واحد ، وهو أن كل عقد فاسد لا يحل ، فالفرج به لا يحل ، ولا يصح به زواج ، فهما أجنبيان كما كانا ، والوطء فيه من العالم بالتحريم زنا مجرد محض ، وفيه الحد كاملا من الرجم أو الجلد أو التعزير ، ولا يلحق فيه ولد أصلا ، ولا مهر فيه ، ولا شىء من أحكام الزوجية ، وإن كان جاهلا فلا حد ، ولا يقع فى ذلك شىء من أحكام الزوجية ، إلا لحاق الولد فقط للاجماع ، وبالله التوفيق . وأما من طلق ثلاثا ثم وطىء ،

فان كان عالما أن ذلك لا يحل ، فعليه حد الزنى كاملا ، وعليها كذلك ، لانها أجنبية ، فان كان جاهلا فلا شيء عليه ، ولا يلحق ههنا أصلا ، لأنه وطء فيما لا عقد له معها ، لا صحيحا ولا فاسدا ، وبالله تعالى التوفيق (١) •

وبذلك يقف المذهب الظاهرى من القصد الجنائى موقف المعتد به ، ويظهر ذلك فى أنه رتب العقوبة على العلم واعتبرها المناط فى قيام الجريمة ومن ذلك أن الرجل إذا تزوج بخامسة ، فان كان يعلم أنها محرمة عليه عوقب بالحد ، لأن الله تعالى حرم هذا الزواج ، فيكون الرجل قد وطأ ما لا يحل له فيعاقب على أساس ارتكابه لجريمة الزنا، لتوفر القصد الجنائى لديه ، أما إذا كان يجهل أنها محرمة عليه ، فلا حد عليه ، لأن الجريمة بمعناها الشرعى لم توجد لانتفاء القصد الجنائى فيها ، فلا يعاقب مرتكبها بعقوبة الحد •

ويقال ترتيبا على ذلك ، إن الرجل إذا أكره المرأة على المواقعة فى هذه الصورة ، فلا تعد الجريمة اغتصابا ، ولا يعاقب الرجل بعقوبة الاغتصاب متى كان الرجل جاهلا بتحريم الزواج بخامسة فى عدة الرابعة ، لانتفاء القصد الجنائى فى هذا الوطء المحرم • ويختلف الوضع فتكون الجريمة اغتصابا إذا علم الرجل بحرمة المواقعة فيها ، لتوفر القصد الجنائى ، ومن ثم يعاقب بالعقوبة المقررة لها •

ويطبق ابن حزم قضية العلم ، لقيام الجريمة على المرأة ، كالرجل، فتعاقب بعقوبة الحد إذا كانت عالمة ، فان كانت جاهلة أو غلطت فى

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، جـ١١ ، ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ •

حساب العدة ، لم تقم الجريمة فى حقها ، ولم تعاقب بعقوبتها ، ومن ذلك نعلم أن حكم الغلط والجهل واحد ، فيستوى الحكم فيهما وهو عدم العقوبة ، حيث أن الغلط والجهل يؤدى إلى انتفاء القصد الجنائى، لانها لم تعمد إلى الحرام ، والمرجع فيهما هو قولها واعتقادها لأنه أمر لا يعرف إلا من جهتها .

ولا يقف المذهب الظاهرى من قضية العلم ، عند هذه الصورة ، بل إنه يعمم العلم فى كل عقد فاسد ، فمن واقع امرأة فى عقد فاسد ، فالمرجع فى قيام الجريمة من عدمها ، هو العلم ، فان كان يعلم عنـــد وطئها أنها محرمة عليه ، فهو زان ، وعليه الحد ، فلو اقترنت المواقعة بالاكراه أو بعدم رضا المرأة ، فهو مغتصب ، وعليه عقوبة الاغتصاب لتوفر القصد الجنائى فيها ، بواسطة علمه بالتحريم فيها .

أما من واقع المرأة ، التى تزوجها بعقد فاسد ، وهو يجهل أنها محرمة عليه ، فلا وجود لجريمة الزنا ، وكذا الاغتصاب إذا واقعها رغما عنها ، لانتفاء القصد الجنائى بسبب جهله بالتحريم .

كذلك إذا طلق الرجل زوجته ثلاث طلقات ، ثم واقعها عالما بأنها محرمة عليه ، لكونها أجنبية عنه ، لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، فعليه الحد ، لأن القصد الجنائى ، ومناطه العلم بالتحريم قائم ، فيعاقب بالحد ، لوجود أركان الجريمة . فاذا واقعها جاهلا تحريمها عليه ، فلا وجود للجريمة ، ولا يعاقب بعقوبة الحد ، لعدم توفر القصد الجنائى فيها .

وما يصدق على جريمة الزنا ، يصدق على جريمة الاغتصاب ، لاتحاد الاركان فى الجريمتين ، مع زيادة عنصر فى الاغتصــاب وهو ضرورة وجود الاكراه وعدم الرضا بوسيلة من وسائله ، عند المواقعة، ومن ثم يكون المناط فى الركن المعنوى هو العلم بتحريم وطء المرأة .

والمراد من العلم المطلوب ، فى القصد الجنائى ، هو العلم المقترن بارتكاب الجريمة ، لا العلم اللاحق على ارتكابها ، لأن الفعل يعد مجرما باتيانه مع توفر أركانه وشرائطه ، فاذا وجد الفعل وهو وقاع الرجل المرأة ، مع فقدان ركنه المعنوى وهو العلم ، لم توجد الجريمة ، ولم يترتب على هذا الوقاع عقوبة الحد .

المذهب الزيدى :

يشترط المذهب الزيدى ، لقيام جريمة الزنا ، ويلحق بها الاغتصاب الخلو عن الشبهة ، وهو ما يقول به صاحب شرح الازهار : بيــان ما يسقط به الحد . وجملة ما يسقط به الحد ، ثمانية أشياء الاول : أن يدعى الزانى ، أن له شبهة ، فيسقط الحد بدعوى الشبهة المحتملة ، للبس ، نحو أن يقول : ظننتها زوجتى أو نحو ذلك ، فأما لو لم يحتمل لم يسقط ، نحو أن يقول : ظننت الزنى حلالا ، أو نحو ذلك [1] .

وهكذا تعمل الشبهة أثرها ، فى المذهب الزيدى ، وتؤدى إلى عدم قيام الجريمة ، وسقوط الحد . فلو واقع الرجل المرأة ، وكان له شبهة فى هذا الوقاع ، بأن ظن أن المرأة تحل له ، وجامعها بمقتضى هذا الظن ، لم يعتبر زانيا ، ولا تقام عليه عقوبته ، وهو الحد . ومن

---

(١) ابن مفتاح ، شرح الازهار ، ج٤ ، ص ٣٤٨ .

الطبيعى للاعتداد بهذه الشبهة ، أن تكون قائمة فى ذهنه عند اتصاله الجنسى بالمرأة ، لأنه الوقت الذى تتحقق فيه الجريمة بأركانها .

والعبرة بالشبهة المؤثرة فى القصد الجنائى ، هى الشبهة التى يغلب على الظن قبولها ، وهى التى يرجح معها ، صدق الرجل فى دعواه ، مثل أن يقول : ظننت أن من أواقعها زوجتى ، وتوجد من الظروف والملابسات ما يجعل الشبهة قائمة ، مثل أن يكون أعمى واختلط الأمر عليه ، بأن دعا الاعمى زوجته ليواقعها ، فجاءت له امرأة غيرها فعاشرها معاشرة الازواج ، فلا يعد زانيا بذلك ، ويسقط عنه الحد . كذلك إذا جامع من ظن أنها زوجته ، فى ظلمة لم يدر معهـا حقيقتها ، فدعواه فى هذه الحالة وأمثالها مقبولة ، وقوله مصدق ، لرجحان الاعتقاد بقيام الشبهة ، ووجود المؤيدات الشاهدة لها .

أما لو أدعى الرجل عند مواقعتـه للمرأة ، شـبهة غير محتملة التصديق ، اعتبر زانيا ، وأقيم عليه حد الزنا ، لأنه لا وجه لقوله ، ولا شاهد يؤيد دعواه ، مثل أن يقول ظننت الزنى حلالا ، أو يقول : لم أعلم أن الزنى محرم فى سائر الاديان .

أما إن كان لادعائه وجه يبرره من الواقع أو الحقيقة ، بأن كان حديث عهد بالاسلام ، أو نشأ فى بادية بعيدة عن العمران ، فان قوله محتمل الصدق ، ويعد ذلك شبهة ، تسقط عنه الحد ، ولا تقوم به الجريمة ، لانتفاء القصد الجنائى ، المؤسس على العلم ، وهو منتف لسبق عهده بالكفر ، أو لأنه كان فى معزل عن نظام المجتمع وشريعته ، بسبب وجوده فى بيئة بعيدة عن العمران ، وتطبيق الشرع .

ويشترط لتحقق الشبهة أثرها أن تكون قائمة عند الاتصال الجنسى ، للقول بعدم توفر الركن المعنوى بما يترتب عليه من أثر فى نفى الوصف الشرعى عن الجريمة ، وسقوط العقوبة •

ويصدق هذا القول ، على مواقعة الرجل المرأة فى الاغتصاب ، إذ يشترط لقيام الاغتصاب ، واستحقاق العقوبة المقررة له ، خلو الاغتصاب عن الشبهة المعتبرة بالضوابط التى ذكرناها •

ويأخذ المذهب بشبهة الفاعل ، على نحو ما يأخذ به فقهاء السنة وهى الشبهة فى حق من اشتبه عليه الفعل ، بأن يظن على سبيل الخطأ غير الدليل دليلا ، والاصل فيها ظن الجانى واعتقاده ، فان كان قوله محتملا ، فالشبهة قائمة ، وإن كان غير محتمل فالشبهة منتفية •

ويبدو أنهم يأخذون بشبهة المحل ، وهى الشبهة المبنية على ما يقتضى حل المحل ، وهو ما يتعلق بمحل الوطء وهو المرأة ، لانهم يعتبرون مواقعة الرجل زوجته على غير الوجه المشروع ، يسقط الحد ، كما لو وطء الرجل زوجته حال الحيض أو النفاس ، أو أتاها من الخلف أى الدبر (١) •

ثانيـا — الارادة :

يتطلب القصد الجنائى توفر العلم والارادة ، وقد بينا رأى الفقه فى مدلول العلم المشترط ، وأثره على الاغتصاب ، وينبغى هنا التعرف على دلالة الارادة ومظهرها ، وأثرها على القصد الجنائى •

---

(١) ابن مفتاح ، شرح الازهار ، جـ٤ ، ص ٣٣٦ •

فقـــه الحنفيـــة :

يشترط الفقه الحنفى ، فى القصد الجنائى لجريمة الزنا ، أن يكون للجانى وهو الرجل إرادة فى طلب الوطء ، فاذا لم يتجه إلى وطء المرأة بارادة منه ، فلا جريمة ، ولا عقوبة عليه .

يقول المرغينانى فى ذلك : ومن اكرهه السلطان حتى زنى ، فلا حد عليه . وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول : أو لا يحد ، وهو قـــول زفر رحمه الله ، لأن الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الطواعية ، ثم رجع عنه فقال : لا حد عليه ، لأن سببه الملجىء قائم ظاهرا ، والانتشار دليل متردد ، لأنه قد يكون من غير قصد ، لأن الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما فى النائم فأورث شبهة .وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لا يحد ، لأن الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر خوف الهلاك ، وأنه يتحقق من غيره ، وله أن الاكراه من غيره لا يدوم إلا نادرا ، لتخلفه من الاستعانة بالســلطان أو بجمــاعة المسلمين ، ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له ، فلا يسقط به الحد ، بخلاف السلطان ، لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ، ولا الخروج بالسلاح عليه ، فافترقا (١) .

ويقول ابن عابدين : والزنا الموجب للحد وطء طائع فى قبــل مشتهاه . خرج المكره . ويقول الظاهر فى وجه الفرق ، أن الاكراه لا يخرج الفعل عن كونه زنا ، وإنما هو عذر مسقط للحد ، وإن لم

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، ج٢ ، ص ١٠٤ .

يسقط الاثم ، كما يسقط القصاص بالاكراه على القتل دون الاثم ، فلا يقبل قوله بمجرد دعواه (١) .

ويقول الكاسانى : وأما المكره على الزنا ، فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا : إذا اكره الرجل على الزنا ، يجب عليه الحد ، وهو القياس ، لأن الزنا من الرجل لا يتحقق الا بانتشار الآلة ، والاكراه لا يؤثر فيه ، فكان طائعا فى الزنا ، فكان عليه الحد ، ثم رجع وقال : إذا كان الاكراه من السلطان لا يجب بناء على أن الاكراه لا يتحقق إلا من السلطان عنده . وعندهما يتحقق من السلطان وغيره فاذا جاء من غير السلطان ما يجىء من السلطان لا يجب . والفرق لابى حنيفة ما ذكرنا من قبل أن المكره يلحقه الغوث ، إذا كان الاكراه من غير السلطان ، ولا يجد غوثا إذا كان الاكراه منه . وأما قوله : إن الزنا لا يتحقق الا بانتشار الآلة فنعم ، ولكن ليس كل من تنتشر آلته يفعل ، فكان فعله بناء على اكراهه ، فيعمل فيه لضرورته مدفوعا إليه خوفا من القتل ، فيمنع وجوب الحد ، ولكن يجب العقر على المكره لأن الزنا فى دار الاسلام لا يخلو عن إحدى الغرامتين ، وإنما وجب العقر على المكره دون المكره ، لأن الزنا مما لا يتصور تحصيله بآلة غيره . والأصل ان كل ما لا يتصور تحصيله بآلة الغير ، فضمانه على المكره ، وما يتصور تحصيله بآلة الغير ، فضمانه على المكره (٢) .

ويقول الموصلى : ومن اكره على الزنا ، لا حد عليه ، لوجـود الشبهة ، ويأثم بالفعل ، ولو كان مأجورا كالقتل ، لأن الزنا لا يباح

---

(١) ابن عابدين ، رد المختار ، جـ ٤ ، ص ٥ ، ص ١٩ .
(٢) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ، ص ١٨٠ ، ١٨١ .

بوجه ما . وقال أبو حنيفة أولا ، وهو قول زفر : يحد لأن انتشار الآلة دليل الطواعية . قلنا وقد يكون طبعا والشبهة موجودة ، . ولو أمره ولم يكرهه فى هذه المسائل كلها ، إلا أنه يخاف القتل إن لم يفعل ، فهو فى حكم المكره ، لأن الالجاء باعتبار الخوف ، وقد تحقق (١) .

وحاصل مذهب الحنفية طبقا للرأى الراجح فيه ، اشتراط الارادة من جانب الرجل عند وطئه للمرأة ، للقول بتوفر القصد الجنائى ، لأن الزنا الموجب للحد ، هو الذى تتحقق فيه الجريمة كاملة ، وذلك بوطء طائع ، أى غير مكره ، وهو الشخص الذى له إرادة وقصد يعتد به ، ومن ثم اعتبر الاكراه عذرا شرعيا فى حق الرجل ، يسقط الحد عنه ، لعدم وجود الارادة فيه .

وتعليل المذهب فى نفى القصد الجنائى ، مبنى على أن الاكراه يعدم رضا الرجل ، فيواقع المرأة تحت ضغط الاكراه ، فيمتثل لارادة غيره مدفوعا ومضطرا إليه خشية القتل أو الاذى الشديد المهدد به ، فكان وطؤه بناء على إكراهه ، وليس بمقتضى رغبته ، واتجاه إرادته إليه ، فيسقط عنه الحد .

وثمة تعليل آخر ، يؤدى إلى ذات النتيجة ، وهى سقوط عقوبة الحد ، وهذا التعليل يتجه إلى اعتبار اكراه الرجل على وطء المرأة شبهة ، فتؤثر فى درء الجريمة والعقوبة . ويختلف التعليل هنا المبنى على أن الاكراه شبهة مسقطة للحد ، عن التعليل السابق الذى يعتبر الاكراه منافيا للارادة ، معدما للرضا ، فالتعليل بأن الاكراه شبهة

---

(١) الموصلى ، الاختيار ، جـ٢ ، ص ١٥٠ .

يعنى أن القصد الجنائى قائم ، وإنما اعتبر الاكراه شبهة ، تحدث أثرها فى اسقاط الحد . أما التعليل بأن الاكراه ينافى الارادة ، ويعدم الرضا ، فانه مؤسس على نفى القصد الجنائى عند الرجل ، لعـــدم توفر عنصر الارادة فيه .

ويأخذ حكم الاكراه فى التأثير على الارادة ، كل أمر يصدر إلى الرجل ، يتضمن التخويف والوعيد ، وإن لم يكن اكراها بالفعل ، لأن الالجاء باعتبار الخوف ، وقد تحقق .

ويذهب أبو حنيفة إلى رأى مغاير ، فى تأثير الاكراه على الرجل فى جريمة الزنا ، فمواقعة الرجل للمرأة بناء على الاكراه الحاصـــل عليه ، يجب فيه الحد ، وحجته أن الوطء من الرجل ، لا يتأتى إلا بانتشار آلته — عضو الذكورة — والاكراه لا يؤثر فيه ، فهو مريد لفعله غير مجبر عليه ، فلا تسقط عقوبة الحد عنه ، لقيام الجريمة ، بحدوث الاتصال بين الرجل والمرأة ، وانتشار آلته ، دليل الطواعية والرغبة عنده فى الاتصال بالمرأة .

وهـــذا الرأى مرجوح فى المذهب ، لأنه ليس كل من انتشرت آلته ، يواقع المرأة ، ولأن انتشار الآلة ، من جانب الرجل ، أمر جبلى وطبعى ، مركوز فيه ، خلقه الله به ، فلا يعد دليلا على اتجاه إرادته ، وصحة عزمه على وطء المرأة ، وانما دفعه إلى ذلك هو الاكراه الواقع عليه من غيره .

وتجدر الاشارة إلى أن الاكراه ، لا يؤثر على تجريم الفعل ، فان الزنا لا يباح بوجه ما ، لأنه من الكبائر المنهى عنها ، والمحرمة أشد التحريم .

فقـــه المالكيـــة :

يعتد فقه المالكية بالارادة فى القصد الجنائى عند الرجل ، ويبين ذلك فى أنه لم يؤاخذه بالعقوبة المقررة للزنا ، عند جماعه للمرأة ، وهو مكره على هذا الفعل .

يقول المواق : قال ابن العربى : المكره على الزنا ، لا حد عليه ، وكذلك المكرهة على التمكين لا تحد . وقال ابن القصار : إن انتشر قضيبه حد . اللخمى هذا غير صحيح ، قد يريد الرجل شرب الخمر ، ويكف عنها خوف أمر الله (١) .

ويقول ابن جزى فى شروط الحد : الرابع : أن يكون طائعا ، واختلف هل يحد المكره على الزنى ، وقال القاضى عبد الوهاب : إن انتشر قضيبه حتى أولج ، فعليه الحد . وقال أبو حنيفة : إن اكرهه غير السلطان حد ، ولا تحد المرأة إذا استكرهت أو اغتصبت (٢) .

ويقول ابن فرحون : ويشترط فى توجه العقوبة .. الرابع : الطوع ، فلا حد على المكره ، فى أحد القولين ، وبالحد ، قال سحنون ومطرف ، واختار اللخمى نفى الحد ، قال ويأثم ، فاذا أكرهته هى لم يأثم ، ولا حد على المكرهة ولها الصداق (٣) .

ومحصلة المذهب ، كما تدل عليه أقوال فقهاؤه ، أن عنصر الارادة شرط فى توفر القصد الجنائى ، فالوطء المحرم لا يقام فيه الحد ، إذا

---

(١) المواق ، التاج والاكليل لمختصر خليل ، جـ٦ ، ص ٢٩٤ .
(٢) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٣٠٣ .
(٣) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ٢ ، ص ٢٥٧ .

وقع بدون إرادة من الرجل ، بأن أكره عليه ، لأن الوطء الواجب الحد فيه هو الذي يتم طوعا من الرجل ، دون أن يكرهه أحد ، أو بعدم رضاه فيواقع المرأة رغما عنه ، على غير رغبة منه ، لأن الفعل لا يصدق عليه وصف الاغتصاب من جانبه ، بل إنه هو الطرف الذي صودرت فيه إرادته وحمل على ارتكاب الوطء المحرم ، وهو عكس لماهية الاغتصاب الذي يكون المغتصب فيه هو الانثى ، لا الرجل .

هذا وإن اكراه الرجل على مواقعة الانثى ، لا يؤدى إلى إباحة الفعل فيبقى على الحظر ، لأن الزنا لا يباح بالاكراه ، أو تحت مقتضيات الضرورة ، غير أن ثمة رأى فى الفقه المالكى ، يذهب إلى أن المرأة الموطوءة ، إذا كانت هى التى أكرهته ، ارتفع الاثم عنه ، وانتفى الحظر .

ويعد القصد الجنائى منتفيا فى جريمة الزنا ، وكذلك الاغتصاب ، بغض النظر عن الصفة التى يكون عليها عضو الذكورة ، فسواء انتشر قضيبه أو لم ينتشر ، فهو غير مرتكب لجريمة الاغتصاب ، لعدم رضاه بالوطء ، وارغامه عليه ، ولأن انتشار عضو الذكورة ، أمر طبيعى لا دخل لارادته فيه ، ومن ثم فلا وجود للجريمة بمعناها الشرعى ، ولا يؤاخذ بالعقوبة الواجبة لها ، لعدم توافر القصد الجنائى فيها .

فقه الشافعية :

يمكن القول بوجه عام ، إن الفقه الشافعى ، يتطلب عنصر الارادة فى القصد الجنائى ، إذ أن مسلوب الاختيار ، لا يكون له إرادة يعتد بها ، ويؤاخذ عليها .

يقول الشيرازى متسائلا : وهل يجب على الرجل إذا اكره على الزنى ؟ فيه وجهان : أحدهما ، وهو المذهب ، أنه لا يجب عليه الحد ، لما ذكرناه فى المرأة . — وهو قوله — ﷺ — « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانها مسلوبة الاختيار — والثانى : أنه يجب ، لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار (١) .

ويقول الخطيب : والمكره لا حد عليه ، لحديث : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وقوله فى الاظهر : راجع للمسألتين كما تقرر ، لكنه عبر فى الروضة كأصلها فى المكره بالاصح ، وعبر فى المحرر عن شبهة الفاعل ، بما إذا وجد امرأة على فراشه ، فوطئها على ظن أنها زوجته أو أمته . والثانى : يحد فيهما . أما الاولى فلأنه وطء لا يستباح بحال فأشبه اللواط ، وظاهر كلامهم على الاول : أن وطء أمته المحرم فى دبرها لا يوجب الحد ، وهو كذلك لشبهة الملك وان نقل ابن الرفعة عن البحر المحيط أنه يوجبه . وأما فى الثانية ، فلأن انتشار الآلة ، لا يكون إلا بشهوة واختيار ، ومأخذ الخلاف التردد فى تصوير الاكراه فى الزنا ، والصحيح تصويره ، لأن الانتشار تقتضيه الطبيعة عند الملابسة (٢) .

يقرر فقه الشافعية ، عنصر الارادة فى القصد الجنائى عند وطء الرجل المرأة ، للحديث الدال على أن الاكراه يرفع المسئولية عن المكره ولأن من وقع عليه الاكراه وهو الرجل ، مسلوب الاختيار ،

(١) الشيرازى ، المهذب ، ج٢ ، صص ٣٤٢ ، ٣٤٣ .
(٢) الخطيب ، مغنى المحتاج ، ج٤ ، ص ١٤٥ .

مفتقد الرضا ، فأنى يكون له إرادة ، ومن كان شأنه كذلك ، فلا تقع منه الجريمة لعدم استكمال أحد أركانها ، وتسقط عنه العقوبة ، وهذا هو الرأى المعتمد فى المذهب .

وثمة رأى آخر فى المذهب ، يرى تحقق جريمة الزنا بوطء الرجل المرأة ، لأن مواقعة الرجل المرأة ، لا يتم إلا بناء على شهوة حاصلة بالاختيار ، فلم يكن مسلوب الارادة ، فتقع الجريمة وتجب عليه عقوبة الحد ، بالرغم من أنه مكره عليه .

لكن هذا الرأى مرجوح فى المذهب ، ومردود عليه ، بأن اكراه الرجل على وطء المرأة حاصل ، مع انتشار عضو الذكورة ، لأن الانتشار تقتضيه طبيعة الشهوة ، عند وجود دواعيه ، وتوافر أسبابه ، لذلك كان الرأى الاول ، هو المعول عليه فى المذهب ، فلا جريمة ولا عقوبة من المكره على الزنا ، أو الذى وطء المرأة ، دون إرادة له فى هذا الوطء .

ويلاحظ أنه طبقا لهذا القول ، فان فعل الوطء ، يبقى على التأثيم والمنع ، إذ أن الزنا ، من الجرائم التى لا تباح بسبب الاكراه أو نفى الرضا .

فقه الحنابلة :

لا يتطلب هذا الفقه ، وجود عنصر الارادة ، فى القصد الجنائى ، عند وطء الرجل المرأة ، ويصحح القصد الجنائى ، مع تخلف عنصر الارادة ، وفقدان الرضا .

يقول ابن قدامة : وإن أكره الرجل فزنى ، فقال أصحابنا : عليه الحد ، وبه قال محمد بن الحسن وأبو ثور ، لأن الوطء لا يكون

إلا بالانتشار ، والاكراه ينافيه ، فاذا وجد الانتشار ، انتفى الاكراه ، فيلزمه الحد ، كما لو أكره على غير الزنى فزنى • وقال أبو حنيفة : إن أكرهه السلطان ، فلا حد عليه وإن أكرهه غيره حد استحسانا • وقال الشافعى وابن المنذر : لا حد عليه لعموم الخبر ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ، والاكراه شبهة فيمنع الحد ، كما لو كانت امرأة ، يحققه أن الاكراه إذا كان بالتخويف ، أو بمنع ما تفوت حياته بمنعه ، كان الرجل فيه كالمرأة ، فاذا لم يجب عليها الحد ، لم يجب عليه ، وقولهم : إن التخويف ينافى الانتشار ، لا يصح ، لأن التخويف بترك الفعل ، والفعل لا يخاف منه ، فلا يمنع ذلك ، وهذا أصح الاقوال إن شاء الله تعالى (١) •

ويقول البهوتى : وإن أكره عليه أى الزنا الرجل فزنى مكرها ، حد ، لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث بالاختيار ، بخلاف المرأة ، وعنه لا حد على الرجل المكره كالمرأة ، واختاره الموفق ، وجمع منهم الشارح ، ولعموم الخبر ، ولأن الاكراه شبهة ، وكما لو استدخلت ذكره ، وهو نائم (٢) •

واتجاه الفقه الحنبلى ، من واقع نصوص فقهائه ، تدل على عدم اشتراط وجود الارادة ، فى القصد الجنائى ، فالجريمة قائمة ، والعقوبة واجبة بمواطأة الرجل المرأة ، ولو كان الرجل مكرها على هذا الوطء ، أو غير راض به • فيكفى لتحقق القصد الجنائى عنصر العلم أما عنصر الارادة فانه مفترض بمواقعة الرجل المرأة •

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ٨ ، ص ١٨٧ .
(٢) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ٦ ، ص ٩٧ .

ومستندهم على ما يذهبون إليه ، أن الوطء لا يتأتى إلا بانتشار عضو الذكورة للرجل ، وهو دليل الرغبة والطواعية ، وهو ما ينفى الاكراه ويحقق الجريمة مكتملة الاركان ، فيعاقب بعقوبة الحـــد ، لارتكابه الزنا .

ويعلل المذهب توفر القصد الجنائي ، بمقولة إن الرجل هو الذي يكون منه الوقاع ، بواسطة اتصال عضو ذكورته بفرج الانثى ، وهو حاصل بمظاهر تدل على الاختيار والطواعية ، من انتشار عضوه ، وممارسته الفعلية للاتصال الجنسى بالمرأة ، وهذا يضاد حالة الاكراه وينفيهـــا .

وهذا النظر من جانب فقه الحنابلة ، يوافق ما ذهب إليه شراح قانون العقوبات ، الذى يفترض أن عنصر الارادة موجود ، بتحقق الاتصال الجنسى ، وهو ما يكون عن اختيار ورغبة ، فالاتصال الجنسى من الرجل دليل على اتجاه الارادة ومظهر وجودها فى ذات الوقت .

الا أنه من ناحية أخرى ، يخالف الراجح مما ذهب إليه فقهـــاء المالكية والشافعية والحنابلة ، الذين يشترطون الارادة فى القصـــد الجنائى ، ويذهبون إلى سقوط الحد تبعا لذلك .

وثمة رأي ضعيف فى الفقه الحنبلي ، يذهب إلى أنه إذا أكره الرجل على وطء المرأة ، سقط عنه الحد ، ولم يؤاخذ بالجريمة ، لأنه لا قصد له ، وما يصدق على المرأة المكرهة ، يصدق عليه ، لأن الاختيار مسلوب لدى كل منهما ،والرضا منفى ، فيعد هذا شبهة تدرأ الحد عنه ، وهذا الرأى يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

فقــه الظـاهرية :

يشترط الفقه الظاهرى ، وجود الارادة ، فى القصد الجنائى ، فلا وجود لقصد جنائى تخلفت الارادة فيه •

يقول ابن جزم : فلو أمسكت امرأة حتى زنى بها ، أو أمسك رجل ، فأدخل إحليله فى فرج امرأة ، فلا شيء عليه ولا عليها ، سواء انتشر أو لم ينتشر ، أمنى أو لم يمن ، أنزلت هى أو لم تنزل ، لانهما لم يفعلا شيئا أصلا ، والانتشار والامناء فعل الطبيعة الذى خلقه الله تعالى ، أحب أم كره لا اختيار له فى ذلك (١) •

يسوي المذهب الظاهري بين الرجل والمرأة ، فى حالة الاكراه على الوطء ، وعدم الرضا به ، فمن وطء امرأة مكرها على ذلك ، فالقصد الجنائى منتقى لديه ، لأن الاكراه يعدم الرضا ، ويفسد الاختيــار ، فهو غير قاصد إلى الوطء ، ولا مريد له ، فأركان الجريمة غير قائمة ، والعقوبة ساقطة •

والاكراه متصور على الرجل كالمرأة ، لا فرق بينهما فيه ، ألا ترى أن الرجل يتأتى منه الوطء مع حصول الاكراه ، كيما يتأتى من المرأة التمكين مع حصوله ، فالاتصال الجنسى منهما موجود فى الاكراه ، وعند انعدام الرضا ، وسلب الاختيار ، بحسب طبيعة الدور المنوط بكل منهما فى الجريمة ، لذلك يتطلب القصد الجنائى ، توفر عنصر الارادة للقول بايجاب العقوبة •

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، جـ٨ ، ص ٣٣١ .

ولا يعترض على ذلك ، بأن الرجل يحصل الانتشار منه ، ويتهيأ عضو الذكورة لديه لمواقعة المرأة ، فخالف المرأة فى افتقادها لمثــل ذلك .

ويجاب عن ذلك ، بأن الانتشار والتهيؤ الحاصل من الرجل ، فى مظهر عضو الذكورة ، هو حكم الفطرة ، ومقتضى طبيعة الشهوة المركبة فى الرجل ، وهو أمر يتحقق عند وجود مسبباته ، فهو لا يصلح للتعبير عن وجود القصد الجنائى لدى الرجل .

فقــه الزيدية :

يتفق المذهب الزيدى مع المذهب الحنبلى ، فى عــدم اشتراطه الارادة ، لتوفر القصد الجنائى ، وهاك برهان على ما نقول :

يقول ابن مفتاح : والثانى مما يسقط به الحد ، دعوى الاكراه ، قال على عليه السلام : أما عن المرأة فلا أحفظ فيه خلافا ، وأما عن الرجل ، فقال المنتصر بالله ، إنه لا يسقط بل يحد ، وهو قول زفر . وقال صاحبا أبى حنيفة وابن حى : لا يحد ، وهو الذى نصره أحمد الازرقى ، وهو الذى فى الازهار للمذهب ، فأما لو لم يبق له فعل ، نحو أن يربط فلا خلاف ، أنه لا يحد (١) .

واتجاه الفقه الزيدى صريح ، فى أن القصد الجنائى يعد متوافرا بحدوث الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، رغم وقوع الاكراه على الرجل ، إذ يفترض بتمام الوطء الرضا به ، لذلك فان الجريمة

(١) ابن مفتاح ، شرح الازهار ، جـ٤ ، ص ٣٤٨ .

بمعناها الكامل متحققة بمواقعة الرجل المرأة ، ولا عبرة للاكراه الواقع على الرجل ، لأن الفعل المؤثم وهو الوطء المحرم قد حصل ، فيستوجب العقوبة ، وهي الحد .

وإذا كان هذا هو موقف الفقه الزيدى ، فى عدم تأثير الاكراه على الرجل ووجوب الحد عند مواقعته للمرأة ، فانه يخالف فى أثر الاكراه التام ، وهو الذي يعدم الرضا ، ويفسد الاختيار ، والذى تنعدم فيه الارادة عند الرجل ولا يبقي له أي فعل فيه ، فيكون كالريشة المعلقة فى الهواء يحركها الريح حيث شاء ، فالاكراه إذا بلغ هذا الحد على الرجل ، فانه يحدث أثره فى إسقاط العقوبة عن الرجل، وينتفى به القصد الجنائى ، فلا توجد الجريمة مكتملة الاركان .

وهذا الرأي الذى يقول به الفقه الزيدى ، يخالف المذاهب الفقهية التى تقول بسقوط الحد ، بسبب الاكراه ، نتيجة تخلف الارادة وهى من عناصر القصد الجنائى ، وهى مذهب الحنفية والمالكية والشافعية ، طبقا للقول الراجح فيها . كما يخالف مذهب الظاهرية .

ومن وجه آخر ، فان فقه الزيدية ، يختلف عن فقه الحنابلة حيث إن الفقه الحنبلى يذهب إلى توفر القصد الجنائى ، مع حصول الاكراه مطلقا ، لا فرق بين الاكراه التام والاكراه الناقص ، إذ يفترض وجود الارادة بحدوث الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة ، أما الفقه الزيدى فيفرق بين نوعى الاكراه ، فالاكراه الناقص ، لا ينافى الارادة ، فتوجد معه ، ويجب فيه الحد ، أما الاكراه الملجىء أو التام على الرجل ، فهو الذى ينفى الارادة ويسقط الحد .

مقـارنة الشريعة بالقانون :

إن بيان الاحكام المنظمة للركن المعنوى ، فى جريمة الاغتصاب ، فى كل من الشريعة والقانون ، تفصح عن اتجاه مشترك بصدد القصد الجنائى فى الاغتصاب ، ويتأتى ذلك بأن يأتى الجانى جريمته عامدا إليها ، منصرفا ذهنه إلى مواقعة الانثى بغير رضاها •

وإن دلالة هذه العمدية ، متحققة فى مسلك الجانى فى مواقعته للانثى فهو يسلك من الوسائل ، ويتخذ حيـال المرأة من الافعـال والتهديدات ، ما يجعلها تخضع له ، وتستسلم لمواقعته ، كأن يكرهها على وقاعه قسرا عنها ، أو يجعل رضاها منفيا بوسيلة من وسـائل عدم الرضا ، وهذا المسلك أمارة القصد الصحيح ، على وجود القصد الجنائى لديه ، وتعمده الاتصال الجنسى بالمرأة ، التى لا تربطه بها صلة شرعية •

وعناصر القصد الجنائى هى العلم والارادة ، فيجب أن يكون الرجل على علم بأن المرأة الموطوءة محرمة عليه ، ونجد فى هذا الموضع أن فقهاء الشريعة ، اشترطوا لقيام الجريمـة بالمعنى الاصطلاحى ، واستحقاق الجانى لعقوبة الحد فيها ، العلم بالتحريم ، وأنهم أصلوا العلم واعتبروه الاساس فى توفر القصد الجنائى ، فاذا كان الجانى جاهلا بالتحريم انتفى وصف الجريمة ، وارتفعت العقوبة ، لفقـدان المناط فى التجريم والعقوبة ، وهو العلم من جانب الرجـل بتحريم المرأة الموطوءة عليه • والسند على ذلك أن حد الله يقام على من علم أمر الله عز وجل •

ويذهب شراح قانون العقوبات ، إلى أن القصد الجنائى ، يتحقق بتوفر العلم لدى الجانى ، بأن مواقعته للمرأة المحرمة ، بغير رضاها ، غير مشروعة .

واشتراط العلم فى القصد الجنائى للاغتصاب ، يثير التحقق من وجوده لدى الجانى ، وهو ما يبرز عنصر الخطأ وأثره على وجود العلم المشترط فى التجريم والعقاب ، وهنا ينبرى فقهاء الشريعة ، لبيان أثر هذا الخطأ على وجود الجريمة ، ويحكمون النظرة الفقهية ، فى معالجتهم للشبهة والمعيار فيها ، وأثرها على الجريمة ، ونجد مدرستين فى هذا الخصوص ، مدرسة الحنفية ، التى تحدد الشبهة فى شبهة الفعل ، وشبهة المحل ، وشبهة العقد ، وهى مع اختلاف دلالة كل منها ، تبين أوجه خطأ الجانى عند مواقعته للمرأة ، وأسانيد هذا الخطأ ، ونوعه ، وما إذا كان مبنيا على ظن الجانى ، أو المحل ذاته ، أو صلاحية المحل لاداء المقصود منه ، وأثر كل من الخطأ فيها على قيام الجريمة من عدمه .

وإلى جانب مدرسة الحنفية ، هناك مدرسة جمهور الفقهاء وهى تلك التى ترتب على الشبهة سقوط العقوبة ، وتقسم الشبهة إلى شبهة الفاعل ، وشبهة المحل ، وشبهة الجهة أو الطريق ، ولكل منها دلالته وأثره على الصفة التجريمية للفعل والعقوبة فيه . وفى هذا المقام نلاحظ أنها تقرر أن الاختلاف بين الفقهاء ، فى تحريم وطء المرأة أو اباحته ، وهى شبهة الجهة أو الطريق يعد شبهة تسقط العقوبة عن الرجل ، وهى نظرة تحقق مقصد الشارع فى ضبط تحديد الجريمة ، وتوقيع العقاب ، بحيث لا يقام الحد إلا على مرتكب الجريمة بالمعنى الشرعى الكامل الذى لا شائبة فيه .

وفى بيان الخطأ وأثره على القصد الجنائى فى الاغتصاب ، يقول شراح القانون ، إن الخطأ إما أن يكون منشؤه الواقع ، وأساسه التقدير غير الصحيح فى الوقائع المادية ، كالخطأ فى احتساب العدة • وقد يكون الخطأ منشؤه القانون ، وأساسه الجهل بالقاعدة الشرعية ، وعدم العلم بمقرراتها ، ويقينا فان نظرة الفقه الشرعى ، تتميز برحابة الافق ، وشمول النظر •

ويشترط فى تحقق القصد الجنائى ، أن يكون مقترنا بالوطء ، فالعمدية الحاصلة من جانب الجانى ، يجب أن تكون معاصرة للوطء ، ومرتبطة به لا تنفك عنه ، إذ يتم الركن المعنوى والركن المادى بالمواقعة وتوجد الجريمة ، فاذا تخلف القصد الجنائى عن الوطء ، فلا قيام للجريمة ، كمن عزم على مواقعة امرأة أجنبية ، فأخطأ وواقع امرأته ، لأن فعل الوطء غير محرم ، وقصده لم يصادف محلا غير مشروع ، إذ أن المرأة التى أتاها حل له •

ومن عناصر القصد الجنائى الارادة ، فالعلم والارادة هما شطرى القصد الجنائى ، وبوجودهما يتحقق الركن المعنوى للجريمة •

وإذا كان الفقه الشرعى وقانون العقوبات يتفقان فى ضرورة توفر عنصر الارادة فى القصد الجنائى ، إلا أن ثمة اختلافا بينهما ، فى كيفية تحقق الارادة ، فجمهور الفقهاء فى الشريعة الاسلامية ، يذهب إلى اشتراط الارادة فى القصد الجنائى ، ويجب أن يعبر عن هذه الارادة من جانب الرجل ، بصورة واضحة ، تفصح عن رضائه الصريح ورغبته الظاهرة فى مواقعة المرأة ، بأن تتجه نيته وينصرف ذهنه إلى ذلك ، وأن يصدق مسلكه رغبته الحقيقية ، فيكون قيامه بمواقعة المرأة تعبيرا عن اختياره الحقيقى ، فتتطابق الارادة الظاهرة مع الارادة

الباطنة بمعنى أن تتوافق النوايا والعزم لدى الرجـل مع مسـلكه ومظهره المتمثل فى وطء المرأة ، بأن يكون ترجمانا صادقا ، وتجسيدا حيا للرغبة الكامنة فى أعماقه ٠

وهـذا يختلف مع ما ذهب إليه شراح قانون العقوبات الذين يذهبون إلى أن عنصر الارادة لدى الرجل يتحقق بمواقعة الانثى بغير رضاها ، وهذه الارادة يفترض وجودها بحدوث فعل الوقاع من جانب الرجل للمرأة ، فلا يشترط أن يعبر الرجل عن رضائه الصريح بهذا الوقاع ، ولا يشترط التوافق بين نيته الباطنة ، ومسلكه الظاهر ، ولا يشترط أن يكون وطؤه المرأة بدافع ذاتى ، من رغبة حقيقيـة بمواقعتها ، وأن يجسد الظاهر الذى وسيلته عضو الذكورة ، الباطن الكامن فى أعماق نفسه ، وإنما يكفى فى هذا الخصوص حدوث اتصال جنس من جانبه ، لانه يملك وسيلته ، فكانت المواقعة فى ذاتها دون حاجة للبحث عن أمر آخر كالنية أو غيرها ، دليلا على توفر عنصر الارادة ، ومن ثم يوجد بذلك القصد الجنائى ٠

ومن هـذا نعلم أنه إذا كان رأى جمهور الفقه الاسـلامى ، لا يقوم على افتراض وجود عنصر الارادة ، بحدوث اتصال الرجل بالمرأة جنسيا ، إذ أنه ليس كافيا للقول بتوفر القصد الجنائى لدى الرجل ، ولا يصلح لأن يكون دليلا على عزمه وتصميمه على مواقعة المرأة ٠ فاننا نجـد أن شراح قانون العقوبات ، يعتبرون القصـد الجنائى متوافرا ، بانصراف ارادة الرجل وعلمه ، وقت ارتكابه فعلته إلى أنه يواقع أنثى بغير رضاها ، واستعمال القوة أو التهديد قرينة على القصد فى أغلب الاحوال (١) ٠ وهم بذلك يحتكمون إلى معيـار

---

(١) د٠ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، ص ٣٠٨ ٠

مادى بحت فى تحقق القصد الجنائى ، على الرغم من أن القصد الجنائى فى حقيقته ، يتأسس على عناصر نفسية ، وأمور باطنية ، وحقائق ذاتية كامنة فى أعماق الانسان ، لذلك يسمى القصد الجنائى بالركن المعنوى •

أما فقهاء الشريعة ، فانهم يحتكمون إلى معيار ذاتى معنوى ، فى الاصل ، لانه المعول عليه ، والدال على حقائق الاشياء ، ويستعينون فى التعرف على هذا العنصر المعنوى بالمظاهر الخارجية ، التى تكشف وتجسد حقيقة النوايا الكامنة داخل النفس الانسانية • فهم بذلك يردون الاشياء إلى أصولها ولا يتجاهلون الوسائل المؤدية لها ، المجسدة لمعانيها •

وإلى جانب هذا الاتجاه الغالب للفقه الاسلامى ، فقد وجدنا اتجاها آخر يقول به الحنابلة ورأى مرجوح فى فقه الحنفية والمالكية والشافعية ، يقضى بوجوب الحد على الرجل الذى اكره على وطء المرأة لأن انتشار عضو الذكورة لديه دليل الاختيار ، وهم بذلك يفترضون وجود الارادة بحدوث مواقعة الرجل المرأة ، التى تعتبر قرينة على الرضا بالوطء ، وهم بذلك يأخذون المعيار المادى ، الذى يأخذ به شراح قانون العقوبات فى التعبير عن الارادة ، ويقفون عند ظواهر الاشياء وحدها ، دون التعمق فى مضامينها • ويتفق فقه الزيدية مع هذا الرأى ، بالنسبة للاكراه الناقص ، حيث لا يسقط الحد عن الرجل ، إذ لا يحول دون توفر القصد الجنائى لديه ، أما الاكراه التام أو الملجىء ، الذى يعدم الرضا ، ويفسد الاختيار ، فهو الذى ينتفى به القصد الجنائى ، ويسقط فيه الحد عن الرجل ، عند وطئه المرأة •

الباب الثانى

الأحكام المنظمة للاغتصــاب

الفصل الأول : الشروع فى الاغتصاب

الفصل الثانى : الاشتراك فى الاغتصاب

الفصل الثالث : العقوبة فى الاغتصــاب

الفصل الأول

الشروع فى جريمة الاغتصاب

المبحث الأول

الشروع فى الاغتصاب فى القانون

الشروع فى الجريمة ، يعنى عدم اتمامها من جانب الجانى ، لسبب خارج عن إرادته ، وهو بهذا الوصف يكون معاقبا عليه ، إذ أن الجانى ينتوى بمسلكه الذى وقف عند حد معين ، أن يرتكب الجريمة ، ولولا هذه الظروف التى لابد له فيها ؛ لاقدم على ارتكاب الجريمة ، وهو ما يفصح عن الخطورة الاجرامية للجانى .

والشروع فى جريمة الاغتصاب يتأتى إذا بدأ الجانى فى تنفيذ الجريمة ، ثم حالت دون ذلك أسباب خارجة عن إرادته ، كتمكن المجنى عليها من مقاومته ، ومنعه من اتمام الجريمة ، أو قدوم الغير لنجدتها(١) والحيلولة بين الجانى وبين ما يريد من مواقعة المرأة واتمام جريمة الاغتصاب .

ويعد الفعل شروعا فى اغتصاب ، إذا لم يتحقق فيه الركن المادى للجريمة وهو الذى يحصل فيه الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، التى لا تربطه بها صلة مشروعة ، وبمعنى آخر ، فان الفعل يوصف

---

(١) د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٠٤ .

بأنه شروع ، إذا لم يحدث فيه الايلاج التام الطبيعى ، وكان الجانى قد ارتكب فعلا ، من شـأنه أن يؤدى حـالا ومباشرة ، إلى وقوع الاغتصاب (١) .

ويتطلب الشروع ، أن يقوم الرجل بفعل من شأنه أن يبـدأ به فى تنفيذ الاغتصاب ، وأن يكون هذا الفعل مجاوزا لمرحلة العمل التحضيرى شريطة ألا يصل إلى الوطء الفعلى للمرأة .

ويثور فى هذا الموضع ، المقصود بمرحلة البدأ فى تنفيذ الاغتصاب، وفى تحديد هذه المرحلة ، هناك مذهبان ، المذهب الموضوعى ، وهو يتطلب فى الشروع ، أن يكون الجانى ، قد استخدم وسيلة على درجة من القوة والخطورة بحيث تؤدى حالا ومباشرة إلى مواقعة المرأة . ومن قبيل ذلك ما قضت به محكمة النقض ، من أن طلب الفحشاء من امرأة وجذبها من يدها وملابسها ، ليس مما يعد بدءا فى تنفيذ الجريمة، وإنما هو مجرد عمل تحضيرى لها . وذهب أحد الفقهاء إلى القول بأن تكون الافعال الاولى من العنف كالقاء امرأة أرضـا ، وتعريتها لا تكفى ، لاعتبار الجانى بادئا فى التنفيذ ، وانما يتعين أن يكون قد أخرج عضوه ، وحاول الاقتراب من أعضاء المرأة ، دون أن يعنى ذلك اشتراط محاولة لادخاله فيها (٢) .

وهذا المذهب يتشدد فى وصف الفعل الذى يعتبر شروعا ، إذ ليس كل فعل يتم من جانب الرجل على جسم المرأة ، يعد شروعا ، وانما

---

(١) د. احمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ص ٦٣٥ .

(٢) د. محمود نجيب حسـنى ، شرح قـانون العقـوبات ، ص ٣٤٥ ، ٣٤٦ .

لكى يعد كذلك ، أن يكون لازما ووثيق الصلة بالوقاع ، فيكون الاتصال الجنسى بالمرأة أثرا له ، ونتيجة طبيعية له ، فى غير اعتساف ولا تأويل .

ومن الأمثلة على ذلك ما قضت به محكمة النقض أن الواقعة تمثل شروعا فى اغتصاب ، حين تحققت من أن المجنى عليها ، كانت تلبس قميص النوم ، فجلس بجانبها المتهم فى غرفة نومها ، وراودها عن نفسها ، وأمسك بها ، ورفع رجليها ، يحاول مواقعتها ، فقاومته واستغاثت ، فخرج يجرى (١) .

ومن الوقائع التى تعد شروعا فى اغتصاب ، ما قضت به محكمة النقض ، من أنه إذا جذب الرجل المرأة من يدها ، ووضع يده على تكة لباسها ليفكها ، بقصد مواقعتها بدون رضاها .

وإلى جانب المذهب الموضوعى ، هناك المذهب الشخصى ، وهذا المذهب يتوسع فى ماهية الافعال التى يتحقق بها الشروع ، ولا يشترط أن تكون هذه الافعال على درجة خطيرة ووثيقة الصلة بوقاع المرأة ،

---

(١) نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ١ رقم ٦٤ ، ص ١٨٥ ، ١٨٦ . وراجع كذلك نقض ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥١ ، نفس المجموعة س ٢ ، رقم ٢٩٧ ، ص ١٠٦٧ . وقد جاء فى هذا الحكم : أن المتهم دفع المجنى عليها بالقوة وأرقدها عنوة ، ثم رفع ثيابها ، وكشف جسمها ، وجذب سروالها ، فأمسكت برباط الاستك تحاول منعه ما استطاعت من الوصول الى غرضه منها ، فتمزق لباسها فى يده ، وفك أزرار بنطلونه وجثم فوقها ، وهو رافع عنها ثيابها يحاول مواقعتها بالقوة ، فحرصت على عرضها الحرص كله ، بكل ما وسعها الجهد ، فانقطعت السلسلة التى كانت تلبسها فى جيدها من المقاومة ، وظلت تستغيث ، حتى ادركها المارة .

انظر د. حسنين عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، ص ١٦٦ .

فهذا المذهب يرى البدء فى تنفيذ الجريمة بأى فعل ـ مطلق فعل ـ يؤدى حالا ومباشرة إلى إتمام هذه الجريمة ، باعتباره ينطوى بذلك على خطر يهدد الحرية الجنسية ، للمجنى عليها ، فى صورة الوقاع . وتطبيقا لذلك كان البدء فى التنفيذ متحققا بارتكاب فعل عنف أيا كان لحمل المرأة على الاستسلام ، أو صدور تهديد إليها فى سبيل ذلك ، أو اعطائها مادة مسكرة أو مخدرة ، أو تنويمها من أجل هذا الغرض، أو محاولة خلع ملابسها ، أو اركابها فى عربة ولو بالخداع ، أو مجرد اصطحابها إلى المكان الذى ينوى الجانى ارتكاب الجريمة فيه ، طالما أنها جاهلة بالغرض من أركابها أو اصطحابها (١) .

وهذاالمذهب الشخصى ، هو الذى أصبح له الغلبـة فى الاحكام الحديثة ، وهو اتجاه له ما يبرره ، متى اقتنعت المحكمة ، أن الجانى كان يقصد من فعله الاتصال الجنسي بالمرأة على الرغم منها ، وعلى القاضى أن يتثبت من طبيعة الافعال ، التى استخدمها الجانى ، للتوسل بها إلى مواقعة المرأة ، وأن يتحقق من كونها كافية ومقدمة إلى حصول الاغتصاب أم لا .

ومن البديهى القول بأن الفعل يعد شروعا ، متى وقف عند مرحلة البدء فى تنفيذ الاغتصاب ، ولم يحدث الايلاج من الرجل ، لاسباب خارجة عن إرادته ، كتمكن المجنى عليها من مقاومته ، أو الافلات منه ، أو لكونها استغاثت فقدم أحد المارة لنجدتها .. إلى غير ذلك .

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٤٦ .

ونبه فى هذا الموضع ، إلى أن الأخذ بالمذهب الشخصي ، فى الافعال التى تعد شروعا ، لا ينبغى إلى الخلط فى ماهية الافعال التى تشكل الشروع ، والافعال التى تعد مجرد عمل تحضيرى ، فلو أن كلا العملين ، يتعلقان بجريمة واحدة ، هى الاغتصاب ، إلا أن الافعال الاولى ، وهى المكونة للشروع هى المعاقب عليها ، على أساس أنها شروع فى جريمة اغتصاب • أما الافعال الاخرى ، وهى التى تدخل فى نطاق العمل التحضيرى ، فغير معاقب عليها بوصـــفها شروعا فى إغتصاب ، ومن أمثلتها اتخاذ الجانى تدابير واجراءات يستهدف منها محاولة الاتصال الجنسى بالمرأة ، مثل تجهيز المادة المخدرة أو المنومة، أو البحث عن المكان الذى يتم فيه الاتصال بالمرأة ، أو محاولاته لاقناع المرأة بقبول مواقعتها له ، فهذا المسلك سواء توسل فيه الجــانى بأساليب نفسية أو مادية ، للتأثير على إرادة المرأة ، هو من الاعمال التحضيرية ، لأنه يتعلق بأعمال خارجة عن ماديات الجريمة ، ولا تعد من مكوناتها •

ويجب لتكييف الفعل الذى يأتيه الجانى ، بأنه شروع فى جريمة اغتصاب ، أن يكون قاصدا من فعله إلى مواقعة الانثى بغير رضاها ، ووسيلة ذلك التعرف على نواياه من هذه الافعال ، التى يعد الفعل مظهرا لها ، ومعبرا عنها ، وبواسطة هذا القصد المبنى على النية ، يتسنى تكييف الفعل بأنه شروع فى اغتصاب ، أو مجرد عمل تحضيرى فاذا كانت دلالته على الوقائع المادية مبهمة ، وقابلة لتأويل مزدوج ، فهو من الاعمال التحضيرية ، وإذا كانت دلالته على الوقائع المادية

ظاهرة فى غير خفاء ، لا تحتاج إلى تأويل ، فى إفصاحها عن قصده إلى مواقعة الانثى دون رضاها ، فهذا يعد من الشروع المؤثم المعاقب عليه فى القانون •

وعلى ذلك فان القصد الجنائى لدى الجانى هو العنصر المميز بين الاغتصاب ، وهتك العرض ، فاذا كان قصد الجانى ، هو التوصل إلى مواقعة الانثى بغير رضاها ، وخاب أثر فعله ، لسبب لا يد له فيه فنحن بصدد شروع فى اغتصاب • وإذا كان قصد الجانى ، بفعله إلى أمر فاحش أو شديد الفحش ، لا يبلغ الوطء ، فنحن إزاء هتك عرض ، كما فى ملامسة عورة المرأة بغير رضاء منها ، وعليه فمن المهم إذن ، التدقيق فى معرفة الوصف الحقيقى للفعل ، وعلى كل حال ، فلا يشترط لتوفر الشروع فى الاغتصاب ، أن يكون الجانى ، قد حاول الايلاج ، ولم يتمكن منه (١) •

العدول عن الجريمة :

ويعاقب على الشروع فى الاغتصاب ، إذا لم تتم الجريمة ، لسبب خارج عن إرادته ، فاذا كان عدول الجانى عن اتمام جريمة الاغتصاب باختياره ، لم يعاقب عن الشروع فى اغتصاب ، وهذا دون إخلال بمساءلته عن الافعال التى أتاها ، مكونة لجريمة أخرى ، لأنه يعاقب عندئذ عن هذه الجريمة التى ارتكبها ، لا بوصف أنه قد شرع فى جريمة اغتصاب •

---

(١) د• عبد الحميد الشواربى ، جريمة الزنا ، ١٩٨٩ ، ص ٨٧ •

ويلاحظ في هذا الخصوص ، أن تحديد مسألة العدول الاختياري من العدول غير الاختياري ، أمر يكتنفه بعض الصعوبات ، وتطبق في هذه الحالة القواعد العامة ، فاذا فقد الجانى القدرة على الايلاج ، سواء تلقائيا أو لامنائه ، فالعدول غير اختياري ، إذ يصدق عليه ، أنه يريد اتمام الجريمة ، ولكنه لا يستطيع ذلك ، كذلك إذا تعرفت عليه المجنى عليها ، خلافا لما كان يتوقعه ، فعدل خشية انتقام أهلها منه ، فعدوله غير اختياري ، ولكن إذا عدل عن فعله لقاء وعـدها بقبول الصلة الجنسية في وقت لاحق ، فعدوله اختياري ، إذ لم يكن ما يحول دون استمراره في فعله (١) .

والضابط في العدول غير الاختياري ، بوجه عام ، ألا يكون في نطاق إرادته واختياره ، سواء كان السبب فيه عنصر خارجي ، كنجدة أحد المارة للمرأة قبل أن يواقعها ، أو كان سببه المرأة نفسها ، كما لو تغلبت عليه ، ومنعته من الاتصال بها ، أو كان سببه أحد العوامل التي تتعلق بالجاني نفسه ، كعجزه عن الاتصال بالمرأة ، لحالة نفسية طارئة منعته من وطء المرأة ، أو لامنائه قبل إيلاجه المرأة .. إلى غير ذلك من الاسباب الطارئة التي ألمت بالرجل عند همه بوطء المرأة ، التي تفصح عن أن عدوله عن وقاع المرأة ، ليس مرجعه رغبته وارادته الذاتية ، وانما سبب أجنبي ، أرغمه على عدم إتمام جريمته ، ولا شك أنه يسـتعان في التعرف على ذلك ، بالظروف والملابسـات المحيطة

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٤٧ .

بالعدول ، لاستخلاص طبيعة العدول ، وما اذا كان اختيـاريا أو اجباريا .

ويتصل بالشروع ، الحيلولة دون إتمام الجريمة ، لآفة طبيعية فى الرجل أو المرأة ، مثل أن يكون الجانى عنينا لا يصل إلى النساء ، أو يكون بالمرأة عيبا خلقيا ، يمنع من الاتصال الجنسى بها ، وفى هذه الحالات ، لا يمكن تحقق الجريمة ، لعدم القدرة على الاتصال ، أو لعدم امكانيته ، بسبب كامن فى الاداة التى يكون بها الاتصال الجنسى، او لعدم صلاحية محل الوطء نفسه ، وهذا ما يجعلنا إزاء ما يسمى بالجريمة المستحيلة . الا أن المذهب الشخصى يعاقب على الواقعـة باعتبارها شروعا ، أما عند القائلين بالتفرقة بين الاسـتحالة المادية والقانونية ، فان هذا الوضع يدخل فى الاستحالة المادية ، اذا لم ينتف أحد عناصر الجريمة ، ومن ثم يعاقب عليه فى صورتيه . فاذا أخذنا بالتفرقة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، وهو ما تميل إليه محكمة النقض ، فاننا نعتقد أن حالة الجانى العنين ، هى صورة للاستحالة المطلقة ، فيقتصر عقابة ، على هتك العرض ، أما حالة ضيق عضو المجنى عليها ، فهى صورة للاستحالة النسبية ، ومن ثم يسأل الجانى عن الشروع فى الاغتصاب [١] الأن الاستحالة هنا لامر عارض قد يزول ، ويتمكن الجانى من وطء المرأة ، فامكانية الوطء ، هى التى نقلت الاستحالة من مطلقة إلى نسبية .

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٤٨ .

المبحث الثاني

الشروع فى الاغتصاب فى الفقه الاسلامى

الشروع بالمعنى القانوني ، مصطلح قال به شراح القانون ، ونص عليه قانون العقوبات (١) ، لم يتناوله الفقه الاسلامى ، بالنظر والتأصيل ولم ينص عليه التشريع الاسلامى بالافراد والتحديد قصدا ، وإنما كانت معالجته فى نطاق التعرض للجرائم والعقوبات المختلفة ، أيا كانت الجريمة والعقوبة ، حدا أو قصاصا أو تعزيرا .

وإن هذا المسلك من جانب كل من النظامين ، قانون العقوبات ، والتشريع الجنائى الاسلامى ، يتفق مع الفلسفة التى يعتنقها كل نظام وطبيعة النظام التجريمى والعقابى ، فى كل منهما ، وهو ما يبرر ضرورة النص على سبيل التخصيص فى القانون الوضعى ، وعدم الحاجة إلى النص عليه فى التشريع الجنائى الاسلامى .

وبيان ذلك بالنسبة لجريمة اغتصاب الاناث ، أن المشرع الاسلامى يعتبر كل فعل من جانب الرجل على المرأة الاجنبية عنه ، يعد من مقدمات الزنا ، معصية ، يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية .

وإن تجريم التشريع الاسلامى ، لكل فعل يعد مقدمة من مقدمات الزنا يفيد أن الجانى ، لم يبلغ بفعله تجاه المرأة ، حد الايلاج ، الذى يتحقق فه الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ، إذ أن حدوث الايلاج التام يجعلنا إزاء الجريمة الكاملة ، وليس مقدمة من مقدماتها .

---

(١) تنص المادة ٤٥ من قانون العقوبات على أن الشروع : هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة ، اذا اوقف أو خاب اثره ، لاسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها .

ويثبت من ذلك ، أن حالة الوقاع أو الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة يعنى أن الجريمة وقعت كاملة ، وأن الجانى وهو الرجـل يعاقب عليها ، بالعقوبة المنصوص عليها شرعا ، وهى عقوبة الحد ، وأن الوصف الشرعى لها عندئذ ، هو اعتبارها من جرائم الحدود ، إذ أنها قد وجدت مستكملة لركنيها المادى والمعنوى ، وهو الوطء الطبيعى أو الايلاج المحرم — المؤثم — وتحقق القصد إلى هـذا الوقاع .

أما الوقوف بالفعل الذى يأتيه الرجل ، تجـاه المرأة ، عنـد التمهيد للوطء أو القيام بالاعمال السابقة عليه ، والمصـاحبة له فى الغالب ، فانها توصف فى المصطلح الشرعى بأنها معصية ، أى اعتداء على حق الجماعة وحق الفرد ، والمعصية فى المفهوم الجنائى ، هى الجريمة التى يعاقب عليها بالتعزير .

ومعنى ذلك أن مقدمات الزنا ، تعتبر جرائم مستقلة عن جريمة الزنا ، غير أن هذه المقدمات ، هى جرائم تعزيرية ، والتعزير على ما عرفه الفقه : هو تأديب على ذنوب ، لم تشرع فيها الحدود (١) . أى أنها لم تبلغ مبلغ الحدود ، ومن حيث الجريمة أو العقوبة ، وهو ما يتأتى فى ماهية الافعال التى تتكون منها الجريمة التعزيرية ، فانها أفعال لا تصل فى جسامتها ، أيا كان القدر الذى وصلت إليه ، إلى إتيان الركن المادى لجريمة الزنا أو الاغتصاب ، والمتمثل فى الوطء الطبيعى التام .

---

(١) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٢٣٦ .

ومن قبيل هذه الافعال ، فى صدد جريمة الاغتصاب أو الزنا ، تقبيل الرجل المرأة ، أو خلوة الرجل بها ، أو مساسه بعورة من عوراتها أو أن يعبث بأعضائها التناسلية ، فهذه الافعال تمثل جرائم تعزيرية وهو ما يقرره ابن تيمية بقوله : وأما المعاصى التى ليس فيها حد مقدر ولا كفارة كالذى يقبل الصبى والمرأة الاجنبية ، أو يباشر بلا جماع .. إلى غير ذلك من أنواع المحرمات ، فهؤلاء يعاقبون تعزيرا وتنكيــلا وتأديبــا (١) .

وإذا كان وصف هذه الجرائم ، بأنها جرائم تعزيرية ، فان هذه الجرائم ، عند التحقيق ، تدخل فى مكونات الركن المادى لجريمة الزنا عند حصول الايلاج ، وتفقد صفتها الاستقلالية ، بحسبانها جريمة تعزيرية ، وتوصف كل هذه الافعال بالاضافة إلى الوطء فى فرج المرأة بوصف واحد ، هو جريمة الزنا ، أو الاغتصاب ، إذا تمت بالاكراه . لذلك لا ينبغى النظر إليها ، تبعا لوصفها بأنها جرائم ، أنها تتساوى مع جرائم الحدود أو القصاص ، فهذا مخالف لما ورد فى الشرع ، كما أنه يتنافى مع حقيقة جريمة الزنا .

إذا علمنا هذه الحقيقة ، فاننا نريد أن نتعرف على القــاعدة الشرعية الحاكمة للافعال التى تعد من مقدمات الزنا ، ومدى اتفاقها أو اختلافها ، مع القواعد المنظمة للشروع ، فى شأن جريمة الاغتصاب.

إن هذا يقتضى أن نبحث المراحل التى يسلكها الجانى ، لتنفيذ جريمة الاغتصاب ، ونحدد من خلالها الافعال التى تعد بدءا فى تنفيذ الجريمة ، أو المكونة لجرائم التعزير بالنسبة لها .

---

(١) ابن تيمية ، السياسة الشرعية ، ص ٥٦ .

١ ـ مرحلة النية أو العزم والتصميم :

وهى المرحلة التى يقوم فيها الجانى ، بالتفكير فى ارتكاب الجريمة ، بأن يعمل عقله وفكره ، فى شأن الجريمة ، ويقلب وجــوه الرأى ، ويوازن بينها ، ليصل من بينها فى النهاية ، إلى الاختيار بارتكاب الجريمة ، وعزمه على مواقعة المرأة • وهذه المرحلة تمثل فى الغالب حديث النفس الانسانية ، فهى تنطوى على حوار نفسى ، لأمر يريد الشخص الاقدام عليه • لذلك فان المشرع الاسلامى لا يعاقب على مجرد العزم والتصميم ، ولا يعتبره من الجرائم التعزيرية ، وسند ذلك قول الرسول ـ صلوات الله عليه ـ إن الله تجاوز لامتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها ، ما لم تعمل به أو تتكلم ، وقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ من هم بحسنة فلم يفعلها ، كتبت له حسنة ومن هم بسيئة فلم يفعلها ، لم يكتب له شىء • ومؤدى ذلك اعتبار هذه المرحلة ، خارجة عن البدء فى التنفيذ ، وسابقة عليها ، كما انه لا يمكن القول ، بأن مجرد التفكير فى ارتكاب الجريمة ، دون أن يصحبه عمل آخر يندرج ضمن مقدمات الجريمة ، لأن هذا من قبيل وصف الاشياء بغير حقيقتها (١) •

---

(١) يقول ابن نجيم : ومنها حديث النفس لا يؤاخذ به ، ما لم يتكلم او يعمل به ، كما فى حديث مسلم ، وحاصل ما قالوه : ان الذى يقع فى النفس من قصد المعصية او الطاعة على خمس مراتب :

الهاجس : وهو ما يلقي فيها ، ثم جريانه فيها وهو الخاطر ، ثم حديث النفس ، وهو ما يقع فيها من التردد ، هل يفعل أو لا ، ثم الهم ، وهو ترجيح قصد الفعل ، ثم العزم وهو قوة ذلك القصد والجزم به .

فالهاجس لا يؤاخذ به اجماعا ، لانه ليس من فعله ، وانما هو شىء ورد عليه لا قدرة له ولا صنع .

=

٢ ـ مرحلة الاعداد والتجهيز :

وهي المرحلة التي يتأهب فيها الجاني ، لارتكاب جريمته مع المرأة ، باعداد الوسائل الموصلة به ، إلى الوصول إليها ، والتمكين من مواقعتها ، مثل الترصد للمرأة أو الاختباء لها ، أو مراقبة تحركاتها ، أو ذهابه إلى منزل اعتادت التردد عليه ، وما يماثل ذلك . فهذه المرحلة تجاوزت بلا شك مرحلة النوايا والتصميم ، إلى مرحلة اتخاذ بعض الاسباب ، التي قد توصله إلى ارتكاب الجريمة ، والتي ظهرت في صورة مادية محسوسة ، لكنهـا لا تدل بالقطع على إرادة ارتكاب الجريمة ، إذ أن دلالتها على مواقعة المرأة دلالة احتمالية ، تقبـل التأويل والتشكيك فيها ، فان هذه الوسائل قد تصلح لمواقعة المرأة ، وقد تصلح لأمر آخر ، كأن يزعم الرجل أن غرضه من ذلك ، التعرف على المرأة ، لقصد الزواج بها ، وغير ذلك مما تحتمله هذه الافعال .

=

والخاطر الذي بعده ، كان قادرا على دفعه ، بصرف الهاجس أول وروده ، ولكنه هو وما بعده من حديث النفس مرفوعان بالحديث الصحيح ، واذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بالاولى ، وهذه الثلاثة لو كانت في الحسنات ، لم يكتب له بها أجر لعدم القصد .

واما الهم فقد بين في الحديث الصحيح ، أن الهم بالحسـنة يكتب حسنة ، والهم بالسيئة لا يكتب سيئة وينتظر ، فان تركها لله تعالى ، كتبت حسنة ، وان فعلها كتبت سيئة واحدة ، والاصح في معناه أن يكتب عليه الفعل وحده ، وهو معنى قوله واحدة ، وان الهم مرفوع .

وأما العزم فالمحققون على انه يؤاخذ به ، ومنهم من جعله من الهم المرفوع ، وفي البزازية من كتاب الكراهية : هم بمعصية لا يأثم ان لم يصمم عزمه عليها ، وان عزم اثم اثم العزم لا اثم العمل بالجوارح ، الا أن يكون أمرا يتم بمجرد العزم كالكفر . ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٤٩ .

ومادام الأمر فى دائرة الاحتمال ، فان الجريمة لا تقوم به ، لأن الجريمة تكون بوقوع أعتداء على حق الله تعالى — حق الجماعة — أو حق الفرد ، ولم يتحقق هذا الاعتداء ، كما أن الوسيلة لم تتمخض فى الدلالة عليه ، وليست قاطعة فى توصل الجـانى بها إلى ارتكاب جريمته ، وانما دونها عقبات قد تمنع حدوث الجريمة ، لذلك فانها لا تندرج فى الافعال المكونة للجريمة ، لابتنائها على ظن مشكوك فيه ، والعبرة فيما يعتبر اعتداءا تقع به الجريمة ، هو الافعال الدالة على الاعتداء يقينا ، يقول الامام الشافعى ، أصل ما انبنى عليه الاقرار أنى أعمل اليقين ، واطرح الشك ، ولا استعمل الغلبة (١) .

والمجال الطبيعى لتطبيق هذه القاعدة ، هو المسـائل الجنائية والعقابية ، لأنه يحتاط فيها ، ما لا يحتاط لغيرها ، لذلك اختصت هذه الجرائم بالمبدأ المعروف : ادرءوا الحدود بالشبهات ، والمبدأ القائل : لأن يخطىء القاضى فى العفو ، خير من أن يخطىء فى العقوبة . وهذه المبادىء فى الحقيقة ، تمثل ضمانات لعدم أخذ الشخص بالشبهات ، وتحميله التبعة لوجوده فى موقف يستفاد منه اتجاهه إلى ارتكاب الجريمة ، أو لاقدامه على تصرف يستخلص منه ذلك .

٣ — مرحلة البدء فى التنفيذ :

هذه المرحلة تتضمن الخطوات التى يسلكها الجانى ، وتتشكل منها الافعال المكونة للركن المادى لجريمة الزنا أو الاغتصاب ، عدا فعل الايلاج أو الوطء التام . فهذه المرحلة تحتوى على مقـدمات

---

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٥٩ .

الزنا ، أو الافعال السابقة على الوطء ، والمرتبطة به أو المقترنة بالوطء غالبا . وهذه الافعال ولو أنها داخلة فى الركن المادى للجريمة محل البحث ، إلا أنها تشكل جرائم مستقلة ، لأن كل فعل منها ينطوى على معصية ؛ فى ذاته ، إذا ما نظر إليها استقلالا عن الركن المادى فى جريمة الزنا أو الاغتصاب .

لكن ما هو المعيار الذى يحتكم إليه ، فى تحديد هذه المرحلة ؟ هل يشترط المشرع الاسلامى ، أن تكون الافعال التى قام بها الجانى ، على درجة من الخطورة والجسامة ، بحيث تقود حالا ومباشرة إلى الاتصال الجنسى بالمرأة ؟ وطبقا لهذا المعيار لا يعد كل فعل يقوم به الرجل على جسم المرأة بدءا فى التنفيذ ، وإنما يجب أن يكون الفعل مرتبطا ارتباطا وثيقا بوقاع المرأة ، ولازما له ، كما لو جلس الرجل على سرير المرأة ، وجثم فوق صدرها لمواقعتها . ولكنها تغلبت عليه ولم تمكنه من نفسها وغير ذلك من الامثلة المشابهة .

نبادر وننبه إلى أن المشرع الاسلامى ، لا يأخذ بهذا المعيار الضيق لكى يعتبر الفعل جريمة مستقلة عن الزنا أو الاغتصاب ، إذ أن هذا مما يتنافى مع مقصود الشارع فى تحريم المقدمات الموصلة إلى الاعتداء على الاعراض ، صيانة للاعراض وحفاظا على حرمات المجتمع ، وهذا هو السبب فى أن الشرع لم يخص اسم الزنا ، بما يوجب الحد ، بل بما هو أعم (١) ، من الافعال التى تعتبر من مقدماته ، وتنطوى على المساس بجسم المرأة .

---

(١) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٤ .

وإذا كان هذا المعيار الضيق يتناقض مع الفلسفة التى يعتنقها المشرع الاسلامى فان مسلك المشرع فى اعتبار الافعال الممثلة للبدء فى التنفيذ ، مسلك مبسط ومنضبط ، فهو يعتبر الفعل معصية ، وبدءا فى التنفيذ ، كل ما يمس به الرجل جسم المرأة ، فى أى شكل من الاشكال كالتقبيل أو الضم ، وجذب المرأة من يدها ، والاختلاء بها ، وما يماثل ذلك ، فهو يأخذ بالمفهوم الموسع ، للافعال التى يتم بها البدء فى التنفيذ ، ويعتبر ذلك جريمة يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية ، ومن ثم فانه — أى المشرع — لا يشترط أن تكون هذه الافعال على درجة من الخطورة أو المساس بجسم المرأة ، وإنما تعد هذه الافعال بذاتها وبغض النظر عن شىء آخر ، جرائم تعزيرية .

وأصل ذلك النصوص الواضحة الدلالة فى هذا المعنى ، مثل قوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ، فانهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك ، فأولئك هم العادون » المؤمنون : ٥ — ٧ . ولأن للمقدمات حكم النتائج ، فالوسائل الموصلة إلى الحرام حرام ، وإذا حرم الوطء حرمت دواعيه (١) من الخلوة ، والقبلة والعناق وغيرها ، لقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — «لا يخلو أحدكم بامرأة ، ليست له بمحرم ، فان ثالثهما الشيطان » وإذا كان مجرد الخلوة محرم ، وهو عمل سلبى ، فان الافعال الاخرى الواقعة على جسم المرأة ، تكون أولى بالتحريم ، لانطوائها على فعل ايجابى من جانب الرجل ، منتهكا به حرمة المرأة ، لانها أقوى فى أثرها ، ولكونها أقرب إلى ارتكاب المحرم

---

(١) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ٣٣٥ .

وقد قال الرسول — صلى الله عليه وسلم — (العينان تزنيان ، واليدان تزنيان ، والرجلان تزنبان ، ويحقق ذلك الفرج أو يكذبه) •

إن الأخذ بهذا المفهوم الموسع ، فى الافعال التى يبدأ بها التنفيذ يخضع لقاعدة فى هذا الخصوص ، أن كل فعل يعتبر معصية ، هو جريمة تعزيرية يعاقب عليها بعقوبة ، أدنى من عقوبة الحد ، وهذا منطقى لانه يتمشى مع اعتبارات العدالة ، الذى لا يسوى بين الافعال المتباينة ، ومع الفضيلة التى تحتم تجريم كل الافعال الموصلة ، إلى ارتكاب الفاحشة ، فلكل فعل قدره من الجسامة ، الذى يناسبه العقوبة الملائمة ، ومن غير شك أن مقدمات الزنا ، لا يعاقب عليها بالعقوبة المقررة على الزنا ، إذ لا يستوى بين جزء الفعل ، والفعل بأكمله ، أو بين مرحلة واحدة ، وكل المراحل ، ولنص حديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — من بلغ حدا فى غير حد ، فهو من المعتدين • فهو يدل على التفرقة فى العقوبة بين الافعال التى لم تبلغ الحد ، كالمقدمات وبين الحد نفسه ، وهو الايلاج •

ويترتب على ذلك ، أن العقوبة المقررة ، لهذه الافعال ، التى تشكل مقدمات الزنا ، أو جرائم مستقلة ،هى عقوبة تعزيرية ، مرجعها إلى الامام أو الحاكم ، فان التعزير فيما شرع فيه التعزير واجب إذا رآه الامام ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعى : ليس بواجب ، لأن رجلا جاء إلى النبى — صلى الله عليه وسلم — فقال : إنى لقيت امرأة ، فأصبت منها ، دون أن أطأها ، فقال : أصليت معنا ؟ قال : نعم • قال فتلا عليه : إن الحسنات يذهبن السيئات[1] •

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٨ ، ص ٣٢٦ •

وثمة ملاحظة فى هذا الموضوع ، وهو أن الافعال التى تعتبر معصية فى خصوص جريمة الزنا أو الاغتصاب ، هى جرائم فى الشريعة ، وهى تقابل مصطلح الشروع ، الذى يقول به شراح القانون ، إلا أن مدلولها أوسع من مدلول الشروع ، بالضوابط التى وضعوها له ، وانما اعتبرت كذلك ، لأن هذه الجرائم إذا نظر إليها ، فى نطاق الركن المادى لجريمة الزنا أو الاغتصاب ، لوجدنا أنها أفعال وقفت عند حد معين ، لم يتمكن فيها الجانى من مواقعة المرأة ، لسبب أجنبى لا دخل لارادته فيه تبعا لتكييف الفعل ، بأنه شروع فى جريمة الزنا أو الاغتصاب ، وفى ذات الوقت جرائم تعزيرية ، وفقا للمصطلح الشرعى.

ونخلص من ذلك إلى أن المرحلتين السابقتين على مرحلة البدء فى التنفيذ ، وهما مرحلة النية والعزم والتصميم ، ومرحلة الاعداد والتجهيز ، لا تدخل فى البدء فى التنفيذ ، ولا تعتبر جريمة ، أى أنها لا يصدق عليها وصف الشروع بالمعنى القانونى ، وإنما المرحلة الاخيرة ، وهى البدء فى التنفيذ ، هى التى يصح ، أن يطلق عليها وصف الشروع .

العدول عن الجريمة :

العدول عن الجريمة هو التوقف عن إتمام الجريمة ، لسبب يقتضى عدم الاستمرار فيها . ويترتب على هذا العدول تخلف حقيقة الجريمة، فتكون غير مكتملة ، لسبب اقتضى ذلك ، مثل أن يقوم مانع يحول دون اتمام الجانى لجريمته قسرا عنه ، كأن يهاجم المرأة تجفزا لمواقعتها ، فيسمع وقع خطوات تتجه نحوه ، فيفر هاربا ، أو تستغيث المرأة ، فيهب أحد المارة لنجدتها . فهنا نجد أننا بصدد شروع فى اغتصاب

المرأة . وحيث أن الرجل فشل في اتمام جريمته ، لسبب خارج عن إرادته ، فانه يعاقب تعزيرا على فعله ، إذ أن ما أتاه من أفعال على المرأة ، يشكل معصية ، وهى جريمة تعزيرية ، يعاقب عليها بعوقبة أدنى من عقوبة الاغتصاب أو الزنا .

وإنما يعاقب الرجل فى هذا الفرض ، لأن قصـده إلى ارتكاب الجريمة واضح ، يدل عليه طبيعة الافعال التى مارسها تجاه المرأة ، باتخاذه الخطوات التنفيذية الموصلة به إلى الجريمة ، ولولا الظروف المستجدة عند شروعه فى اخضـاع المرأة لارادته ، لأتم الاتصـال الجنسى بها ، ومن ثم فانه يعزر عن جريمته ، وأحسـن الآراء فى التعزير : أنه لا يبلغ به فى معصية قدر الحد فيها ، فلا يبلغ بالتعزير على النظر والمباشرة حد الزنا [1] .

والبحث فى العدول عن الجريمة ، يدل على أنه قد يكون مرده إلى التوبة أو إلى أمر آخر :

---

(1) يقول ابن القيم : اختلف الفقهاء فى مقدار التعزير على أقوال :
أحدها : أنه بحسب المصلحة ، وعلى قدر الجريمة ، فيجتهد فيـه ولى الامر .
الثانى : وهو احسنها — انه لا يبلغ بالتعزير فى معصية ، قدر الحد فيها ، فلا يبلغ بالتعزير على النظر والمباشرة ، حد الزنا ، ولا على السرقة من غير حرز حد القطع ولا على الشتم بدون القذف حد القذف . وهذا قول طائفة من اصحاب الشافعى واحمد .
والقول الثالث : انه يبلغ بالتعزير ادنى الحدود ، اما اربعين ، واما ثمانين ، وهذا قول كثير من اصحاب الشافعى واحمد وابى حنيفة .
والقول الرابع : انه لا يزاد فى التعزير على عشرة اسواط ، وهو احد الاقوال فى مذهب احمد وغيره .
الطرق الحكمية ، ص ١٤٧ .

(أ) وقد يكون السبب فى عدول الجانى عن إتمام جريمته ، عدم رغبته فى اتمام الجريمة ، بسبب راجع إلى إرادته ، كأن يكتفى بايزاد بعض الافعال على جسم المرأة ، أو يرجىء اتمام الجريمة إلى وقت وظروف أكثر مواتاة ، أو يخشى انتقام أهل المرأة او افتضاح امره ، فاذا عدل الجانى عن مواقعة المرأة لأى من هذه الاسباب ، وهى التى لها مدخل فى ارادته .

فالقاعدة أنه يعاقب على هذه الافعال التى أتاها على المرأة ، متى كانت معصية ينهى عنها الشارع . فهى جريمة تعزيرية إذن . ويقينا فان المشرع الاسلامى يتشدد فى حماية العرض ، وينأى به عن أى مساس ، فالنظر إلى الاجنبية حرام ، وجسدها عورة ، فمس أى جزء منها ، بقصد الاتصال الجنسى بها ، معصية لا يسقطها أن يعدل عن وطء المرأة ، أو عدم إرادته الاتصال بها ، لأن ما أتاه من أفعال لا ترقى إلى الوطء او الاتصال ، يشكل جريمة ، معاقب عليها شرعا ، فهذا من المنكرات التى يجب منها ، ويعزر من أظهر ذلك قولا أو فعلا ، ويمنع من الاجتماع فى مظان التهم ، فالعقوبة لا تكون إلا على ذنب ثابت [1] . وممارسة هذه الافعال من جانب الرجل على المرأة من المآثم ، التى يعد مرتكبها عاصيا لما اقترفه من الذنوب ، فى حق الله تعالى ، أى حق الجماعة الاسلامية . ولأن ما أتاه الرجل على المرأة هى من مقدمات الزنا ، ومن الوسائل الموصلة إليه ، فهذه الوسـائل هى ذرائع ، كما يقول القرافى : الوسائل والمشهور فى الاصطلاح عند أصحابنا التعبير عنها بالذرائع ، وهى الطرق المفضية إلى المقاصد ،

---

(١) ابن تيمية ، الحسبة ، ص ٥٤ .

قبل وحكمها ، حكم ما أفضت إليه من وجوب أو غيره ، إلا أنها أخفض رتبة فى حكمها ، مما أفضت إليه (١) .

أما إذا كان فعل الرجل ، لا ينطوى على معصية ، فلا يعاقب كما إذا جاء نحو المرأة محاولا الامساك بها ، ثم عدل فجأة ، أو تركها وانصرف من تلقاء نفسه ، فلا يعتبر بذلك مرتكبا لمعصية ، ومن ثم فليس بجريمة ، لأنه لم يعتد على حق أحد ، ولم يهدر حقا لله أو لفرد من الافراد ، وإنما تم العدول عن الجريمة بمحض إرادته دون ثمة اعتداء أو إخلال بحق الجماعة أو المرأة .

فمناط العقاب فى العدول عن جريمة الزنا أو الاغتصاب ، كون الفعل الذى أتاه الرجل على المرأة ، مكونا لمعصية ، فاذا لم يكن معصية ، فلا عقاب عليه ، وإذا كان معصية ، فالعقاب على قدر المعصية فلا يعزر من قبل امرأة مثل من باشرها دون الفرج ، هذا هو المقرر فى الفقه ، قال أبو عبد الله الزبيرى : تعزير كل ذنب مستنبط من حده المشروع فيه .. فان كان الذنب فى التعزير بالزنا ، روعى منه ما كان ، فان أصابوهما بأن نال منها ما دون الفرج ، ضربوهما أعلى التعزير ، وهو خمسة وسبعون سوطا ، وإن وجدوهما فى إزار لا حائل بينهما متباشرين غير متعاملين للجماع ، ضربوهما ستين سوطا ، وإن وجدوهما غير متباشرين ضربوهما أربعين سوطا وإن وجدوهما خاليين فى بيت عليهما ثيابهما ، ضربوهما ثلاثين سوطا وإن وجدوهما فى طريق يكلمها وتكلمه ، ضربوهما عشرين سوطا ، وإن وجدوه يتبعها ، ولم

---

(١) القرافى ، الفروق ، جـ٢ ، ص ٤٢ .

يقفوا على غير ذلك يحققوا ، وإن وجدوهما يشير إليهما وتشير إليه بغير كلام ، ضربوهما عشرة أسواط (١) • فالعقاب إذن على قدر الجرم الذى أتاه الرجل ، وعدل فيه عن اتمام الجريمة بدافع من إرادته ورغبته فى الامتناع عن الوطء أو الايلاج •

(ب) وقد يكون سبب العدول عن اتمام الجريمة ، توبة الجانى وندمه على ما اقترفه ، واقلاعه عن فعل الوقاع ندما وحسرة على ما فرط به فى جنب الله تعالى ، وحق نفسه وحق المرأة • ولما كان الجانى قد قصد من أفعاله مواقعة المرأة ، وترجم عن هذا القصد فى سلوكه غير المشروع المتمثل فى ملامسة عورات المرأة ، واخضاعها لهواه ، وحملها على المعصية ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فان الجانى لما تاب وأقلع عن جريمته ، وكان فى مكنته ارتكابها ، لم يردعه عن اتمامها إلا سلطان ضميره والوازع الدينى لديه ، فانه بذلك قد محا أثر فعله ، وأثبت صدق توبته ، نقول لما كان هذا وذاك فان هذا العدول الذى منشؤه التوبة ، يتنازعه أمران :

الامر الاول : أن العدول عن اتمام الجريمة ، بسبب التوبة ورغبة ورهبة من الله تعالى ، دليل محقق على عدم الاصرار على انتهاك الحرملت ، وإشاعة الفحشاء ، ورغبة فى التمسك بالطهارة ، وعدم تلويث الاعراض والحفاظ على النسل ، ومن كان هذا مسلكه ، وذلك مقصده ، فان العقوبة تسقط عنه • فقد روى ابن مسعود عند مسلم والترمذى وأبى داوود والنسائى ، قال : إنى عالجت امرأة من

---

(١) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٢٣٧ . انظر ايضا : ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ٢ ، ص ١٨٠ .

أقصى المدينة ، فأصبت منها ، دون أن أمسها ، فأنا هذا فأقم على ما شئت ، فقال عمر : لقد ستر الله عليك ، لو سترت على نفسك ، فلم يرد النبى — صلى الله عليه وسلم — شيئا ، فانطلق الرجل ، فأتبعه النبى — صلى الله عليه وسلم — رجلا فدعاه فتـلا عليه : أقم الصلاة طرفى النهار وزلفا من الليل .. الخ الآية . فقال رجل من القوم : أله خاصة ، أم للناس عامة ؟ فقال : للناس كافة (١) .

وجه الدلالة فى الحديث ، أن الرجل عدل عن ارتكابه جريمة الزنا بالمرأة ، ووقف عند إتيان بعض الأفعال على جسمها ، وأقر بذلك للرسول — صلى الله عليه وسلم — فقد اسقط عنه العقوبة ، لأن التوبة الصادقة عن الذنب من الحسنات ، والحسنات يذهبن السيئات التى اقترفها ، كما يقول القرآن الكريم . وأيضا لقـوله تعـالى : « فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح ، فان الله يتوب عليه » المائدة : ٣٩ وإذا كانت دلالة هذه الآية عامة ، بالنسبة للتوبة فى كل الجرائم ، فان ثمة آية تتحدث عن التوبة فى جريمة الزنا ، فى قوله تعـالى : « واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فان تابا وأصلحا ، فأعرضـوا عنهما ، إن الله كان توابا رحيما » النساء : ١٦ .

فان فيها دلالة على أن التوبة ، تجب جريمة الزنا ، وترتب أثرها فى إسقاط العقوبة .

الأمر الثانى : أن العدول عن اتمام الجريمة ، لا ينفى قصـد الجانى إلى ارتكاب جريمته ، ولا يزيل الافعال التى أتاها الرجل على

---

(١) انظر الشوكانى ، نيل الاوطار ، جـ٧ ، ص١١٣ ، ١١٤ .

المرأة ، ومن ثم فانه يحتاج إلى ردعه وزجره ، وهذا سبيله إقامة العقوبة عليه ، إذ القول بغير ذلك فيه تعطيل لحكم النصوص ، ولتطبيق العقوبات . أما تعطيل النصوص ، فلقوله تعـالى فى حق الزانى والزانية : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » النور : ٢ فالآية عامة فى توجهها بالعقوبة ، على كل زان ، لا فرق فى ذلك بين من تاب ، ومن لم يتب ، فالنص يوجب العقوبة على كل من اقترف الجريمة ، دون تفرقة بين شخص وآخر ، وأما تعطيل تطبيق العقوبة ، فلأن الجانى لن يعدم الوسيلة ، التى يتمحل بها ، بادعاء التوبة باللسان ظاهرا ، دون وجود لحقيقتها ، لكى يعفى نفسه من العقوبة ، خاصة وأن التوبة أمر نفسى بين العبد وربه سبحانه وتعالى لا تخضع للاثبات ، ولا تحتاج إلى إقامة بينة عليها .

هذا وقد ثبت أن الرسول — صلى الله عليه وسلم — أقام العقوبة على مرتكب جريمة الزنا ، التائب وغير التائب منهم ، حيث أقر كل من ماعز والغامدية بالزنا ، من تلقاء نفسه ، وجاء يلتمس تطهير نفسه من أدران الجريمة ، تائبا إلى الله من ذنبه ، ومع ذلك فلم يمنع من اقامة الرسول — صلى الله عليه وسلم — الحد عليهما ، يشهد له ، أنه أقام الحد على المرأة ، ثم صلى عليها ، وقال : لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم (١) . فهذا دليل على أن التوبة غير كافية فى اسقاط العقوبة ، لانها لو كانت كافية ، لما أقيم الحد على هؤلاء الذين جاءوا تائبين .

---

(١) انظر الحديث ، الشوكانى ، نيل الاوطار ، ج٧ ، ص ١٢٦ .

ويترتب على ذلك ، أن أثر التوبة فى العقوبة ، أمر يتنازعه نظران أحدهما : أن التوبة تحدث أثرها فى اسقاط العقوبة عن الجانى ، وعدم مؤاخذته عما اقترفه من الذنوب والمعاصى المتعلقة بحق الله تعالى ، والزنا والاغتصاب من هذه الحقوق . ثانيهما : أن التوبة ليست بذى أثر على العقوبة ، فلا يترتب عليها سقوط العقوبة ، وانما يقام الحد على من ارتكب الجريمة ، ويعزر من فعل أحد مقدمات الزنا ، وإن تاب ، لأن هذا هو مقتضى النصوص ، وما دل عليه تطبيق الاحكام كما انه يتفق مع مقصود العقوبة ، فى أنها قد شرعت للردع والزجر لكل من تسول له نفسه ارتكاب الجريمة ، أو الاتيان بأحد مقدماتها ، وينتهى أصحاب هذا النظر ، إلى أن التوبة ، لا تحدث أثرها فى إسقاط العقوبة ، إلا فى جريمة الحرابة أو قطع الطريق ، فان العقوبة فيها تسقط بالتوبة ، بخلاف سائر الحدود ومنه الزنا ، فانها لا تسـقط بالتوبة . والفرق أن الخصومة شرط فى السرقة الصغرى والكبرى ، لأن محل الجناية خالص حق العباد ، والخصومة تنتهى بالتوبة ، والتوبة بتمامها برد المال إلى صاحبه ، فاذا وصل المال إلى صاحبه ، لم يبق له حق الخصومة مع السارق ، بخلاف سائر الحدود ، فان الخصومة فيها ليست بشرط ، فعدمها لا يمنع من إقامة الحدود [1] . وبالتالى فان التوبة لا تسقط العقوبة .

الشروع فى الجريمة المستحيلة :

الجريمة المستحيلة : هى الجريمة التى لا يمكن وقوعها ، لعـدم صلاحية وسائلها ، أو موضوعها ، فهذه الجريمة لا يستطيع فيها الرجل

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ، ص ٩٦ .

أن يصل إلى المرأة ، لعدم قدرته على الوطء ، بأن كان صغيرا لا يجامع مثله ، أو كان عنينا لا يصل إلى النساء ، فهنا لا يتأتى وقوع الجريمة لعدم صلاحية الوسيلة فيها ، فالاتصال الجنسى فيها بين الرجل والمرأة ، غير ممكن ، لأنه لا يحصل إلا بالايلاج ، وهو غير ممكن ، لعدم القدرة عليه ، فتكون الجريمة مستحيلة ، والشروع فيها شروع فى جريمة مستحيلة • وإما أن يكون الرجل مستطيعا الاتصال الجنسى بالمرأة ، لكن محل الجريمة غير موجود ، كأن يكون فرج المرأة ، لا يصلح للجماع ، لوجود عيب به يمنع من الاتصال الجنسى بها (١)• فهذه الجريمة تعد من الجرائم المستحيلة ، لعدم صلاحية المحل فيها ، إذ يتعذر الاتصال فيها ، فلا يوجد اعتداء فيها ، لأن الفرج غير صالح للوطء ، وهو ما يتحقق به الزنا أو الاغتصاب • ومثل ذلك من يقصد أن يتصل جنسيا بالمرأة فتتبين أنها زوجته ، فلا جريمة هنا ، ويستحيل وقوع الجريمة فى هذا الغرض ، إذ لا يوجد موضوع الاعتداء ، إذ أن المحل مباح له ، فلا حرمة فيه أصلا ، لانها زوجته ، وليست أجنبية عنه ، فالوصف الذى من أجله يوصم الفعل بالحرمة ، غير موجود ، فلا اثم ، ولا معصية ، ومن ثم لا جريمة ، ولا شروع بالتالى فيها •

فاذا أردنا أن نتعرف على حكم الشرع ، فى الجريمة المستحيلة ، فيما يتعلق بالزنا والاغتصاب ، فانه يمكن أن نستخلص القاعدة العامة فى هذا النوع من الجرائم ، على ضوء المقاصد العامة للشرع ، والمناط فى التجريم ، والقاعدة فيها ، أن الشروع فى الجريمة أو اتيان مقدماتها

---

(١) قد يوجد بالمراة عيب من العيوب الجنسية ، مثل الرتق ، وهو انسداد فرج المراة • والقرن بفتحات — غدة فى الفرج تمنع الاتصال الجنسى •

يعد معصية ، ومن ثم جريمة تعزيرية ، وإن كان وطء الرجل للمرأة فيها مستحيلا ، لعدم صلاحية الوسيلة أو المحل فيها ، لأن هذه الاستحالة لا تنفى اتيان الرجل لافعال على المرأة ، تعد فى ذاتها جريمة ، بغض النظر عن امكان الوطء أو عدم امكانه ، كما جاء فى الحديث : « العينان تزنيان ، واليدان تزنيان ، والرجلان تزنيان ، والفرج يصدق ذلك أو يكذبه » فالفعل هنا وصف بأنه زنا ، وهو وان لم يكن زنا بالمعنى الاصطلاحى ، الذى يكون بايلاج عضو الذكورة فى فرج المرأة ، وهو الوطء — إلا أن عده من قبيل الزنا المجازى ، دليل على أنه معصية ، فيكون جريمة استقلالا .

ولما كان الشروع فى الجريمة المستحيلة ، يتضمن أفعالا يأتيها الرجل على المرأة ، ينتهك بها عورات المرأة ، ويمثل اعتداءا على أحد أجزاء جسمها ، فانه يكون بذلك قد اعتدى على مصلحة جديرة بالحماية فان الانثى بوجه عام محل صالح لاستمتاع الرجل ، وموضع رغبة واشتهاء لدى الرجل ، فكان فعل الرجل مؤثما وفق مقدار جرمه ، ومدى ما يمثله من اعتداء على جسم المرأة ، لذلك فانه يعاقب بعقوبة تعزيرية .

ومن وجه آخر ، فان الشروع فى الجريمة المستحيلة ، ينم عن قصد ورغبة فى ارتكاب الجريمة ، بحسب ما يتسنى للرجل ، وبالقدر الذى تسمح له الظروف الخاصة به ، أو المتعلقة بالمرأة ، فيكون مستسهلا للاجرام ، مستهينا بالفرائض والفضائل ، كما يقول ابن

حزم بأن : من يأتى امرأة يحسبها أجنبية ، ويفعل فعلته على أنها زنى، فيتبين أنها زوجته ، لا يعد زانيا ، بل يعد مستسهلا للزنا ، ويقول فى ذلك : ليس عليه اسم الزانى ، ومن قذفه حد حد القذف ، ولكن عليه اثم الزنى ، وإن هذه النية لها أثرها فى العبادات ، فتفسدها(١). لأن الانسان مؤاخذ بنيته ، وما الافعال إلا ترجمة للمقاصد والنوايا الكامنة فى أعماق الانسان ، وهو بالشروع فى الجريمة — وان كانت مستحيلة — إفصاح عن خطورته وقلة مبالاته بمقاصد الشرع ، فى حماية الفضائل والاعراض .

ومن وجه ثالث : فان الاستحالة فى الجريمة ليست من قبيل الاستحالة المطلقة ، وإنما هى من قبيل الاستحالة النسبية فى الغالب الاعم ، وبيان ذلك بالنسبة للرجل المجبوب أو العنين أو الخصى فالمجبوب (٢) يمكن أن يتصل بالمرأة بالجزء الباقى من عضو ذكورته ، والعنين والخصى يتصور منهما وطء المرأة ، لوجود عضو الذكورة لديهما ، فتكون الآلة فى الانصال الجنسى موجودة ولو شكلا ، الامر الذى يدل على قصد الجريمة ، واتجاه إلى مواقعة المرأة ، فالاستحالة تكون استحالة نسبية لا مطلقة ، لأن المانع فيها قد يزول ، فيتمكن الرجل من وطء المرأة .

---

(١) ابن حزم ، الاحكام فى اصول الاحكام ، ج٤ ، ص ١١٧ . نقلا عن محمد ابو زهرة ، الجريمة ، ص ٣٦٣ .

(٢) المجبوب : مقطوع عضو التناسل . العنين : العاجز عن الوصول الى النساء . الخصى مسلول الخصيتين .

وبالنسبة للمرأة ، فانه وإن كان محل الوطء وهو الفرج ، غير صالح للاتصال الجنسى ، الا أن هذا لا يؤثر على أن المرأة بجميع أجزاء جسدها محرمة على الرجل ، وليس موضع التحريم ، هو الفرج فقط ، فكل مساس بأى عضو من أعضاء المرأة ، هو جريمة ، لأنه معصية من المعاصى ، التى نهت الشريعة الانسان ، عن اتيانها ، أو الوقوع فيها .

وترتب على اعتبار الشروع فى الجريمة المستحيلة ، جريمة تعزيرية ، أن يعاقب الرجل بعقوبة تعزيرية ، متى كان فعله معصية فيعاقب بحسب الفعل الذى أتاه ، وبقدر الخطورة الكامنة فيه ، وبما يراه القاضى رادعا لامثاله ، فى هذا النوع من الجرائم المتعلقة بالاعراض ، والتى يهتم الشارع الاسلامى بها ، ويعتبر التعدى عليها أو المساس بها ، مساس بمصلحة جوهرية ، من مصالح الانسان .

وتجدر الاشارة إلى أن القصد الجنائى ، فى الشروع فى جرائم الزنا والاغتصاب ، يعد متوافرا ، بمجرد ممارسة الرجل لفعل من الافعال غير المشروعة على جسم المرأة ، كأن يجثم فوق صدرها محاولا مواقعتها ، أو ملامسة ذكره فرج المرأة ، ولم يتمكن من وطئها لعدم قدرته على ذلك ، أو لعدم صلاحية فرج المرأة للوطء . فهذه الافعال وما على شاكلتها ، تدل على قصد الرجل فى الاعتداء على عرض المرأة ، وانتهاكه للمصلحة المحمية فى حماية العرض ، ومن ثم فان القصد الجنائى فى جرائم الزنا والاغتصاب ، هو قصد مفترض ، يفترض وجوده عند اتيان الجانى للافعال التى تعد مساسا بعورة المرأة ، أو اعتداءا جنسيا على جسمها ، فدلالة هذه الافعال على

القصد الجنائى ، دلالة مفترضة بحصول هذه الافعال دون حاجة إلى أمر آخر ، أو دون أن يتطلب ذلك إثبات أن الرجل كان يقصد من هذه الافعال غير المشروعة ، إلى مواقعة المرأة أو وطئها . لأن مقـــدمات الزنا ، أو الاغتصاب الشروع فى بدء تنفيذه ، هو أمر معاقب عليه ، سواء وقعت الجريمة وهى الزنا أو الاغتصاب ، أو لم تقع ، لأن الفعل بذاته ، هو جريمة تعزيرية ، يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية ، تتلاءم معهـــا .

مقارنة الشريعة بالقانون :

يتبين من عرض الاحكام المتعلقة بالشروع ، فى الشريعة والقانون أن الشروع مصطلح قانونى ، ذا مدلول معين ، يعاقب مرتكبة بعقوبة محددة ، أقل من العقوبة المقررة للجريمة ، التى شرع الجانى فى ارتكابها .

ولم يتعرض فقهاء الشريعة الاسلامية ، للشروع كمصطلح له دلالة معينة ، ويرتب أحكاما خاصة به . إلا أنهم عالجوا مقدمات الجرائم ، أو الأفعال التمهيدية ، سواء السابقة على ارتكاب الجريمة التى تندرج ضمن الركن المادى ، أو تلك التى هى من عناصر الركن

---

(١) عرف قانون العقوبات المصرى الشروع فى م ٤٥ بأنه : البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة ، اذا وقف أو خاب أثره ، لاسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها .

ولا يعتبر شروعا فى الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ، ولا الاعمال التحضيرية لذلك .

م ٤٦ : يعاقب على الشروع فى الجناية بالعقوبات الآتية ، الا اذا نص القانون على خلاف ذلك .

بالاشغال الشاقة المؤبدة ، اذا كانت عقوبة الجناية الاعدام .

بالاشغال الشاقة المؤقتة ، اذا كانت عقوبة الجناية بالاشغال الشاقة المؤبدة .

بالاشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تزيد على نصف الحد الاقصى المقرر قانونا ، أو الحبس اذا كانت عقوبة الجناية بالاشغال الشاقة المؤقتة .

بالسجن مدة لا تزيد على نصف الحد الاقصى المقرر قانونا أو الحبس اذا كانت عقوبة الجناية السجن .

م ٤٧ : تعين قانون الجنح التى يعاقب على الشروع فيها ، وكذلك عقوبة هذا الشروع .

المادى ، التى لم تصل إلى اتمام الجريمة ، وتحقق الركن المادى فيها وهذه المعالجة حدثت فى نطاق الجرائم التعزيرية ، والجرائم الداخلة فيها ، والمكونة لها ، وبذلك فان النص على الجرائم التعزيرية ، تغنى عن إفراد الشروع باصطلاح معين يرتب آثارا معينة ، وتترتب عليها أحكاما خاصة به ٠

وقد ترتب على ذلك ، أن الشريعة الاسلامية ، تجعل الافعال التى لا تصل إلى الوطء ، جرائم مستقلة ، يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية ، فى حين يجعل القانون العقوبات ، هذه الافعال التى يأتيها الرجل على جسم المرأة ، شروعا فى ارتكاب جريمة الاغتصاب ، ولا تعتبر جريمة، وإنما شروعا فى جريمة ٠

وينطبق هذا الوصف ، وهو مقدمات الزنا ، أو الجريمة التعزيرية الخاصة بالافعال السابقة على اغتصاب الرجل للمرأة فى الفقه ، أو الشروع فى الاغتصاب فى القانون ، على تلك الافعال التى لا تصل إلى حد الايلاج أو الوطء الطبيعى التام ٠ إذ أن حصول الايلاج يعنى وقوع جريمة الاغتصاب ، فلا نكون بصدد شروع أو جريمة غير تامة٠

ويتفق كل من الشريعة وقانون العقوبات ، على أن مرحلة التفكير فى ارتكاب الاغتصاب ، وكذلك الاعداد والتجهيز لارتكاب جريمته ، لا تعد من الشروع فى جريمة الاغتصاب ، ولا تندرج فى ماهية الركن المادى للجريمة ٠

وفيما يتعلق بمرحلة البدء فى تنفيذ جريمة الاغتصاب ، تتشدد الشريعة الاسلامية ، وتأخذ بالمفهوم الموسع ، لما يعتبر شروعا فى

الجريمة ، فكل مساس من جانب الرجل ، باحدى عورات المرأة ، يندرج فى نطاق الجريمة التعزيرية ، لانه معصية ، ومن ثم يعتبر شروعا بالمعنى القانونى ، دون أن يكون مؤديا إلى وقوع أو عدم وقوع الزنا ، أو الاغتصاب •

أما فى قانون العقوبات ، فثمة مدرستان فى تحديد الافعال التى تعد شروعا ، والمذهب الموضوعى يشترط فى الافعال التى يأتيها الجانى بقصد الايقاع أن تكون على درجة من الجسامة والخطورة ، بحيث تؤدى حالا ومباشرة ، إلى وقوع الجريمة • ويقترب المذهب الشخصى من فكرة الشريعة ، فى أنه يعتبر شروعا ، كل فعل — مطلق فعل — يدل صراحة على قصده تهديد الحرية الجنسية للانثى ، بغرض إيقاعها ، ولو لم تؤد حالا ومباشرة إلى ارتكاب الاغتصاب •

وتختلف الشريعة الاسلامية ، مع قانون العقوبات ، فى أن الشريعة لا تشترط وجود القصد لدى الرجل ، عند ممارسته للافعال على عورات المرأة ، أن يكون الغرض منه مواقعة الانثى بغير رضاها فان مجرد مساس الرجل باحدى عورات المرأة ، هو جريمة تعزيرية سواء صحبها القصد إلى مواقعة الانثى ، أو لم يصاحبها • وشراح قانون العقوبات ، على غير ذلك ، فانهم يشترطون ، لاعتبار الفعل الذى يأتيه الجانى شروعا ، أن يكون القصد منه ، إلى مواقعة الانثى بغير رضاها •

وبالنسبة للعدول عن ارتكاب الرجل ، لجريمة الاغتصاب ، فان العدول الاجبارى — غير الاختيارى — يجعل الرجل معاقبا على فعله ،

لأنه لولا السبب القسرى الذى ألجأه إلى العدول ، لأقدم على ارتكاب جريمته • أما إذا كان عدول الرجل عن اتمام جريمته باختيــاره ، فلا يعاقب الرجل عن فعله باعتباره شروعا فى جريمة الاغتصاب فى قانون العقوبات ، فى حين يعاقب الرجل عن فعله ، باعتباره جريمة تعزيرية فى الشريعة •

والضابط فى العدول غير الاختيارى ، أن يكون على غير إرادة الرجل واختياره ، سواء كان سببه أمر خارجى ، أو الجانى نفســه بحيث يحمله على عدم إتمام جريمته •

وبخصوص تأثير التوبة على العدول عن ارتكاب الجريمة ، فان ثمة رأيان فى الشريعة الاسلامية ، رأى يذهب إلى أن توبة الجــانى عن ارتكاب جريمته ، ترتب أثرها فى إسقاط العقوبة ، والعفو عن الجانى • والرأى الثانى يرى أن عدول الرجل عن ارتكاب الجريمة ، يرفع المحرم الذى مارسه على المرأة ، ويدل على خطورته الاجرامية ، ومن ثم لا تسقط التوبة العقوبة • ونعتقد أن الاوفق الاخذ بالرأى القائل باسقاط التوبة العقوبة ، لأن التوبة تنطوى على عدول اختيارى شكلا ومضمونا ، ظاهرا وباطنا ، وهو أبلغ أنواع العدول ، وأقواه ، حيث الندم والاحساس بالذنب الشديد ، فى حق الله تعالى — حق الجماعة — والفرد •

ويتعلق بالشروع ويتصل به ، الشروع فى الجريمة المستحيلة ، وهى الجريمة التى يتعذر وقوعها ، لعدم صلاحية وسائلها أو موضوعها وهذه الجريمة يعاقب الرجل فيها ، على ما أتاه من أفعال على المرأة ،

لأن هذه الافعال من مقدمات الزنا ، فيعاقب الجانى بعقوبة تعزيرية ، بحسب أن فعله يشكل معصية بمصطلح الشريعة الاسلامية ، والعقوبة عن هذه الافعال تختلف باختلاف الظروف والملابسات التى ارتكبت فيها هذه الافعال ، وتبعا لخطورة الجانى •

أما موقف قانون العقوبات ، من الشروع فى الجريمة المستحيلة ، وهو مصطلح قانونى ، فان المذهب الشخصى يعاقب على الافعال التى أتاها الجانى باعتبارها شروعا • وثمة رأى يقول بالتفرقة بين الاستحالة المطلقة ، والاستحالة النسبية ، ولا يعاقب الجانى عن فعله باعتباره شروعا ، ألا فى حالة الاستحالة النسبية ، دون الاستحالة المطلقة • وهذا النظر يتعارض مع الشريعة الاسلامية ، التى يرى فقهاؤها ، أن الاستحالة فى جرائم العرض كالزنا والاغتصاب ، وفى خصوص الامثلة التى ساقها شراح قانون العقوبات — حالة العنين ، وضيق الفرج — من قبيل الاستحالة النسبية ، أو بمعنى آخر ، يمكن للرجل وطء المرأة فى هذه الفروض ، لذلك فانه يعاقب بعقوبة تعزيرية عن هذه الافعال حتى ولو كان هناك استحالة نسبية ، تمنع من حصـول الجريمة ، وحدوث الايلاج أو الوطء •

ويعنى هذا أن ما يقول به أنصار المذهب الشخصى ، يتفق مع النظر الذى يقول به فقهاء الشريعة الاسلامية ، لانهم يقولون بمعاقبة الجانى عن الواقعة باعتبارها شروعا ، فان هذا هو مقتضى ما يقول به فقهاء الشريعة الاسـلامية ، بشأن اعتبـارها جريمـة تعزيرية ، يعاقب مرتكبها بعقوبة تعزيرية •

الفصل الثانى

الاشتراك فى الاغتصـــاب

يتصور الاشتراك ، فى جريمة الاغتصاب ، بتعدد الفاعلين فيها ، ووجود شريك أو أكثر للرجل ، عند اغتصابه للمرأة ، وأساس ذلك ، أن ارتكاب الجانى لجريمته ، يتطلب منه الاتصال الجنسى بالمرأة ، أو القدرة على وطئها أن يخضعها لارادته ، وأن يعطل مقاومتها له ، إذ أن الاغتصاب يتم على غير إرادة المرأة وبدون رضا منها ، ولما كان الوطء أو الوقاع يحتم تمكين المرأة الرجل منها ، فلا سبيل لذلك أمام رفض المرأة ومقاومتها له ، الا استخدام العنف ، وهو ما قد يستعين فيه لرجل بآخر يتوصل به إلى ارتكاب جريمته ، سواء كان شريكه رجلا أو امرأة ، ويمكن أن يكون من اشترك معه فى إعدام رضا المرأة ، فاعلا للجريمة معه ، كما لو وطأ المرأة هو الآخر ، فيكون كل منهما مرتكبا لجريمة الاغتصاب •

والضابط فى المساهمة فى جريمة الاعتاب ، أن كل مـــن باشر الوقاع أو وطء المرأة ، بغير رضاها ، مهما بلغ عددهم ، يعـــد فاعلا للجريمة ، لأن الجريمة وجدت مستوفية لاركانها وشروطها ، فيعاقب الجانى بعقوبة الاغتصاب • ويعد فاعلا كذلك ، من ضرب المرأة أو هددها بالسلاح كى ترضخ لرغبة زميله ، ولكن شرط ذلك أن يأتى فعله فى الوقت الذى يباشر فيه زميله الصلة الجنسية • أما إذا أتاه فى وقت سابق ، كما لو أعطى المجنى عليها المادة المخدرة أو قيدها بالحبال

ثم باشر زميله فى وقت لاحق هذه الصلة ، فهو شريك بالمساعدة • ومن صور الاشتراك بالمساعدة فى هذه الجريمة إعارة أو تأجير المكان الذى ترتكب الجريمة فيه ، أو تجهيز المادة المخدرة ، أو تسليم السلاح الذى يستعين به الجانى على ارتكاب الجريمة (١) •

فالفعل الذى يأتيه الشخص بغرض إعدام إرادة المرأة ، معاصرا لقيام الجانى بوقاع المرأة ، ومترتبا عليه ، يضفى على الشخص وصف الفاعل للجريمة ، أما إذا لم يكن الفعل الذى قام به الشخص معاصرا لارتكاب الجانى للاغتصاب ، فان الشخص يطلق عليه وصف الشريك بالمساعدة • كما يكون اشتراكا بالمساعدة ، توفير الوسائل التى تقع بها الجريمة ، أو التى تكون لازمة للجانى ، لتمكينه من ارتكاب جريمته ، كما فى الامثلة السابق الاشارة إليها •

ويفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين نوعين من الاشتراك ، الاشتراك المباشر ، وهو ذلك النوع من المساهمة التى يقوم فيها الشخص بتنفيذ الركن المادى للجريمة • والاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب ، وهو ذلك النوع من المساهمة التى يعين فيها الشخص الجاني ، على ارتكاب الجريمة بشتي الوسائل ، دون أن يشترك معه فى تنفيذ الركن المادى للجريمة • وأساس هذه التفرقة أن الاول يباشر تنفيذ الركن المادي للجريمة ، فهو شريك فى المباشرة وأن الثانى يتسبب فى الجريمة باتفاقه أو تحريضه أو بذله العون ،

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٤٨ ، ٣٤٩ •

ولكنه لا يباشر تنفيذ ركن الجريمة المادى ، فهو شريك بالتسبب (١) .
وهو ضابط يستند على طبيعة الافعال التى يقوم بها الشخص ، وحقيقة الدور الذى يلعبه على مسرح الجريمة ، كما انه يقوم على معيـــار واضح ومبسط فى التمييز بين الاشتراك المباشر ، والاشتراك غير المباشر أو بالتسبب .

فاذا وقعت جريمة الاغتصاب بالاشتراك المباشر ، كما لو أتى كل شخص شارك فيها ، الركن المادى للجريمة ، بأن أكره المرأة على الوطء أو الاتصال الجنسى ، فهو فاعل أصلى للجريمة ، ويستحق كل واحد منهم عقوبة الجريمة كاملة ، كما لو ارتكبها بمفرده ، ويستحق هذه العقوبة ، ولو أتى ببعض الافعال المكونة للجريمة ، كما لو واقع المرأة فقط ، وقام شريكه باجبارها على هذا الوقاع ، فيجب على من اتصل جنسيا بالمرأة ، عقوبة الحد ، ومن باب أولى ، يستحق هـــذه العقوبة ، من اكره المرأة ، واتصل بها جنسيا ، لأنه نفذ الركن المادى للجريمة ، بل نفذ الجريمة تامة . أما من اقتصر دوره فى هذه الجريمة على الاشتراك بتقديم المساعدة للجانى فى ارتكاب الجريمة ، فلا يعاقب بالعقوبة المقررة لارتكاب جريمة الزنا أو الاغتصاب ، لكن يجب عليه التعزير ، لأن الزنا مما لا يتصور تحصيله بآلة الغير ، والاصل أن كل ما لا يتصور تحصيله بآلة الغير ، فضمانه على المكره — الفاعل — وما يتصور تحصيله بآلة الغير ، فضمانه على المكره (٢) — من أجبره على ارتكاب الجريمة .

---

(١) شرح الزرقانى ، جـ٨ ، ص ١٠ . انظر : عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الاسلامى ، جـ١ ، ص ٣٥٧ .
(٢) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ، ص ١٨٠ ، ١٨١ .

ويجعل فقهاء الشريعة القاعدة العامة ، العقاب فى الاشتراك غير المباشر أو بالتسبب ، بعقوبة تعزيرية ، ذلك لأن عقوبة الحد وهى العقوبة المقررة لمرتكب جريمة الزنا والاغتصاب ، تطبق على المباشر للجريمة ، دون الشريك بالتسبب . والسبب فى ذلك أن عقوبة الحد ومثلها القصاص ، يحكمها مبدأ : درء الحدود بالشبهات ، ولما كان الشريك المتسبب لم يباشر الجريمة ، أى لم يقم بوطء المرأة فقد اعتبر هذا شبهة تدرأ عنه الحد ، ولأن دوره فى الجريمة ، لا يرقى إلى دور الجانى ، الذى واقع المرأة بالفعل ، ووجد لديه القصد المصمم على ارتكاب الجريمة ، واستعان بغيره فى سبيل اتمامها .

ومن صور الاشتراك فى جريمة الاغتصاب ، ما حكاه بعض المالكية فى صبيان أمسكوا جارية لصبى ، حتى افتضها ، أن عليه وعليهم الحد وما شانها ذلك وعابها عند الازواج فى جمالها وقدها وحالها ، لأنه جرح وليس بوطء ، فيكون لها صداق مثلها ، ولو فعل ذلك بثيب لم يكن لها شىء ، وعليه وعلى الصبيان الذين أمسكوها له الادب ، قال : وكذلك يؤدب الصبيان فى كل تعد كان منهم ، إذا كانوا قد راهقوا وعقلوا (١) .

فالاشتراك فى جريمة الاغتصاب بين الصبيان ، يجب فيه التعزير ولو كانت الجريمة التى ارتكبوها من جرائم الحدود ، لانهم غير مكلفين ، إذ هم من الاحداث ، فلا يعد فعلهم زنا ، لأن الزنا شرعا ما وجب فيه الحد الا بالتكليف ، فانه يشترط فيه التكليف والاسلام ،

---

(١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج٢ ، ص ٢٦١ .

فلا يجب على الصبى والمجنون والكافر ، إذ وطؤهم لا يسمى زنا شرعا [1] •

فاذا تجاوزنا زنا الاحداث ، إلى زنا البالغين ، أو ارتكابهم لجريمة الاغتصاب بالاشتراك بالتسبب أو غير المباشر ، وهو حاصل فى جريمة الاغتصاب ، لحمل المرأة المجنى عليها ، على التمكين ليطأها الرجل ، فاننا نجد نظر فقه الشريعة الاسلامية ، يجعل عقوبة الشريك المتسبب أقل من عقوبة الشريك المباشر ، حيث يعاقب المباشر بالحد ، ويعاقب المتسبب بعقوبة تعزيرية ، أى بعقوبة أدنى من الحد •

غير أن مفهوم الاشتراك عند فقهاء الشريعة ، مفهوم موسع ، لا يقتصر على صور بعينها ، لا يتأتى العقاب فى غيرها ، وإنما يشمل كل فعل يعد معصية فى الشرع ، ومن ذلك الاتفاق الجنائى ، والتحريض على ارتكاب الجريمة ، أو الاعانة على ارتكابها ، فى أى شكل من أشكال هذه المساعدة ، فهذا وغيره من صور الاشتراك فى الاغتصاب ، هو من الجرائم المحرمة ، التى تحظرها الشريعة ، وتعاقب على فعلها بحسبانها جرائم مستقلة ، من قبيل الجرائم التعزيرية ، التى يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية ، وانما اعتبرت هذه الصور للاشتراك فى ارتكاب الجريمة ، معصية وجريمة ، لانها وسيلة إلى ارتكاب المحرم ، والقاعدة أن ما أدى إلى المحرم ، فهو محرم •

وتعد صور المساهمة فى جريمة الاغتصاب ، مجرمة ، ومؤثمة ، ومن ثم يستوجب العقاب عليها ، بغض النظر عن معاصرتها للجريمة أو

---

(١) حاشية الدسوقى ، جـ٤ ، ص ١١٣ . انظر للمؤلف : جرائم الاحداث فى الشريعة الاسلامية ، مقارنا بقانون الاحداث ، ص ١٨٩ .

كانت سابقة عليها ، لانها بذاتها جريمة ، مجردة عن اقتران الاغتصاب بها من عدمه ، فسواء أعقب الاتفاق أو التحريض أو المساعدة وقوع الجريمة بمواقعة الرجل للمرأة ، أو عدم وقوعها ، لسبب من الاسباب فان صور الاشتراك هذه تكيف على أنها جرائم تعزيرية ، يعـاقب مرتكبها بعقوبة تعزيرية •

اختلاف الصفة فى الاشتراك :

يثور الخلاف ، بشأن جريمة الاغتصاب ، حول اشتراط وصـف معين فى الفاعل لهذه الجريمة ، بأن يكون المغتصب للمرأة رجـلا ، وهذا هو الرأى السائد فى الفقه القانونى ، حيث إن الفاعل لهـذه الجريمة ، لا يكون إلا رجلا ، وبناء على ذلك يدرجها فى عداد جرائم ذوى الصفة الخاصة ، وحجته هى حصر ركنها المادى فى فعل الاتصال الجنسى الذى لا يتصور أن يصدر عن امرأة ولكن — كما يقول الدكتور نجيب حسنى : إذا لاحظنا أن الفعل المعدم للرضا ، هو كذلك عنصر فى هذا الركن ، وكان من المتصور أن تأتى هذا الفعل امرأة ، فان هذه المرأة يجب أن تعد فاعلة مع غيرها لهذه الجريمة •

وتطبيقا لذلك فانه اذا أمسكت امرأة بجسم أخرى ، لكى تشل مقاومتها تمكينا لرجل من مواقعتها ، فكلاهما فاعل للجريمة ، ولم ينكر هذا الرأى أن تكون المرأة شريكة فى هذه الجريمة • ويتصور أن تكون امرأة فاعلة معنوية لهذه الجريمة ، كما لو حرضت مجنونا ، على أن يواقع امرأة أخرى دون رضائها ، فكان فى يدها ، أداة مسخرة لارتكاب الجريمة (١) •

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٤٩ .

هذا هو النظر القانونى والراجح فيه هو الذى يذهب إلى امكانية اختلاف الصفة فى المساهمه الجنائية فى الاغتصاب ، فالاشتراك فى هذه الجريمة ، كما يقع من الرجل ، فانه يتصور وقوعه من المرأة ، بأن تكون فاعلة مع غيرها فى الجريمة ، أو شريكة فيها ، أو بأن تكون فاعلا معنويا للجريمة كذلك ، ومن ثم فلا يشترط فى جريمة الاغتصاب اختلاف الصفة ، والقول بأنها تندرج فى عداد جرائم ذوى الصفة الخاصة ، قول يجافى الواقع ، ولا يستقيم مع مضـــمون المساهمة الجنائية ، التى بها تقع جريمة الاغتصاب •

أما نظر فقه الشريعة الاسلامية ، فانه إذا كان يعتبر أن جريمة الزنا تقع فى الاساس بين رجل وامرأة ، بمقتضى الشهوة المركبة فى كل منهما ، فان الفقه الاسلامى ، تبعا لرأى جمهور الفقهاء فيه ، لا يعتبر الزنا ومثله الاغتصاب ، من جرائم ذوى الصفة الخاصة ، لانها تقع بالاتصال الجنسى فى القبل أو الدبر للآدمى ، رجلا كان أم امرأة ، إذ أن كل ايلاج لعضو الذكورة فى فرج محرم لرجل كان أو امرأة ، يعد من الوطء المحرم شرعا ، والذى تقع به جريمة الزنا أو الاغتصاب • ولا يخالف فى ذلك إلا فقهاء الحنفية ، الذين يشترطون لوقوع جريمة الزنا ، أو الاغتصاب ، أن يحدث الاتصال الجنسى بين رجل وامرأة عن طريق ايلاج عضو الذكورة فى قبل المرأة أى من الامام دون الخلف ، فلا يعد زنا وطء الرجل للمرأة فى الدبر ، وإنما يسمى لواطا • وقد سبق أن عرضنا لذلك من قبل •

وإذا كان الامر كذلك ، فان الاشـــتراك فى جريمـــة الزنا أو الاغتصاب ، يتأتى من الرجل ومن المرأة ، فقد تقع الجريمة بتحريض المرأة رجلا ، على مواقعة امرأة أخرى ، وحثها له على هذه المواقعة . كما تقع الجريمة باعانة المرأة الرجل على اغتصاب امرأة أخرى ، وقد يرتكب الرجل الجريمة بناء على اتفاق بينه وبين المرأة ، لاغتصاب امرأة أخرى ، ففى هذه الحالات تعتبر المرأة المحرضة للرجل على ارتكاب الاغتصاب ، أو التى أعانته على هذا الفعل ، أو التى اتفقت معه على ارتكابه على امرأة أخرى ، شريكا متسببا .

ومن صور اشتراك المرأة فى المعاونة ، على ارتكاب الرجل ، جريمة الاغتصاب على أمرأة أخرى ، ما حدث فى عهد عمر بن الخطاب فقد أتى له يوما بفتى أمرد ، وقد وجد قتيلا ملقى على وجه الطريق فسأل عمر عن أمره واجتهد ، فلم يقف له على خبر ، فشق ذلك عليه ، فقال : اللهم اظفرنى بقاتله ، حتى إذا كان على رأس الحول وجد صبى مولود ملقى بموضع القتيل ، فأتى به عمر ، فقال : ظفرت بدم القتيل إن شاء الله تعالى . فدفع الصبى إلى امرأة ، وقال لها : قومى بشأنه وخذى منا نفقته ، وانظرى من يأخذه منك ، فاذا وجدت امرأة تقبله وتضمه إلى صدرها ، فأعلمينى بمكانها .

فلما شب الصبى جاءت جارية ، فقالت للمرأة : إن سيدتى بعثتنى إليك لتبعثى بالصبى لتراه وترده إليك ، قالت : نعم : اذهبى به إليها ، وأنا معك ، فذهبت بالصبى والمرأة معها ، حتى دخلت على سيدتها ، فلما رأته أخذته فقبلته وضمته إليها ، فاذا هى ابنة شيخ من الانصار من أصحاب رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فأتت عمر فأخبرته

فاشتمل على سيفه ثم أقبل إلى منزل المرأة ، فوجد أباها متكئا على باب داره ، فقال له : يا فلان ما فعلت ابنتك فلانة ؟ قال : جزاها الله خيرا يا أمير المؤمنين : هى من أعرف الناس بحق أبيها مع حسن صلاتها ، والقيام بدينها ، فقال عمر : قد أحببت أن أدخل إليها ، فأزيدها رغبة فى الخير وأحثها عليه ، فدخل أبوها ، ودخل عمر معه ، فأمر عمر من عندها فخرج ، وبقى هو والمرأة فى البيت ، فكشف عمر عن السيف ، وقال : اصدقينى وإلا ضربت عنقك ، وكان لا يكذب ، فقالت : على رسلك ، فوالله لاصدقن : إن عجوزا كانت تدخل على فأتخذها أما ، وكانت تقوم من أمرى بما تقوم به الوالدة ، وكنت لها بمنزلة البنت ، حتى مضى لذلك حين ، ثم انها قالت يا بنية : إنه قد عرض لى سفر ، ولى ابنة فى موضع أتخوف عليها فيه أن تضيع ، وقد احببت أن أضمها اليك ، حتى أرجع من سفرى ، فعمدت إلى ابن لها شاب أمرد ، فهيأته كهيئة الجارية ، وأتتنى به لا أشك أنه جارية ، فكان يرى منى ما ترى الجارية من الجارية ، حتى اغتفلنى يوما وأنا نائمة ، فما شعرت حتى علانى وخالطنى ، فمددت يدى إلى شفرة كانت إلى جانبى فقتلته ، ثم أمرت به فألقى حيث رأيت ، فاشتملت منه على هذا الصبى ، فلما وضعته ألقيته فى موضع أبيه ، فهذا والله خبرهما على ما أعلمتك . فقال : صدقت ، ثم أوصاها ودعا لها وخرج، وقال لابيها : نعمت الابنة ابنتك ، ثم انصرف (١) .

فهذه الواقعة تدل على دور المرأة فى جريمة الاغتصاب ، وفى جرائم العرض بوجه عام ، وأهمية هذا الدور ، فى الاعداد وتسهيل

(١) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٣٨ ، ٣٩ .

ارتكاب الجريمة فقد قامت المرأة بدور أساسى ، فى اغتصاب هـذا الشاب — ابنها — لهذه الانثى ولولا هذا الدور ، لما أمكن الشاب مواقعة الانثى ، فهذه المرأة شريكة فى ارتكاب الجريمة ، فان اشتراكها فى الجريمة ظاهر فى أنها احتالت على الانثى حتى اطمأنت اليهـا ، وأفهمتها بالاتفاق مع الابن ، أنه أنثى يحتاج إلى رعاية ، وهيأته لذلك واعانته على أن يبقى معها ، حتى تمكن منها ، واغتصبها • فهذه المرأة شريكة فى ارتكاب الجريمة بأكثر من وجه ، ولولا أن جريمة الاغتصاب لا يتحقق الركن المادى فيها ، إلا بالوطء الفعلى بغير رضا الانثى ، لقلنا إن هذه المرأة تعد فاعلة للجريمة ، فهى قد أعدمت رضاء الانثى ، لكن فعل الوطء تم بعضو الرجل ، لذلك فانها تعد شريكة فى الجريمة وتعاقب بأشد العقوبات التعزيرية ، لعظم دورها وقوته فى ارتكاب الجريمة •

وغنى عن البيان ، أن قيام المرأة بهذا الدور فى هذه الواقعة ، لا يتطلب اثبات توفر القصد الجنائى لديها ، على أنها كانت تقصد من هذه الافعال ، الاعانة أو الاتفاق أو التحريض على اغتصاب الانثى • لأن دلالة هذه الافعال على هذا القصد ظاهرة ، بل هى أبلغ بذاتها ، على ارتكاب الجريمة ، من محاولة استظهار أى قصد جنائى فى هذا الخصوص ، وعليه فانه يفترض توفر القصد الجنائى فيها •

على أن هذا القول ، لا ينبغى أن يجب حقيقة مؤكدة فى الاشتراك بوجه عام ، وهى أنه يشترط للمعـاقبة على الافعـال التى يتم بها الاشتراك ، أن يكون الشريك قاصدا منها ارتكاب الجريمة ، فاذا لم يكن قاصدا من فعله الاتفاق على ارتكاب الجريمة ، أو التحريض

عليها ، أو الاعانة على فعلها ، فان فعله لا يوصف بأنه جريمة ، وإذا لم يكن جريمة ، لم يعاقب عليه ، لأنه لا عقاب إلا على جريمة ، ولا جريمة لعدم القصد الجنائى فيها •

ومن ناحية أخرى ، فانه يتصور أشتراك المرأة فى جريمة الاغتصاب باكراه امرأة أخرى على مواقعة الرجل لها ، بوسيلة من وسائل الاكراه التام أو غير التام ، فان المرأة أقدر على فهم المرأة ، وأعرف بوسائل التأثير عليها ، فضلا عن سهولة اتصال المرأة بالمرأة والتعرف عليها ، مما يجعل لدورها فى الجريمة ، أهمية وخطورة ، لا تخفى على أحد •

مقـارنة الفقه بالقانون :

لا خـلاف بين الفقـه الاسـلامى ، وقانون العقوبات ، فى أن المساهمة الجنائية فى جريمة الاغتصاب ، تتأتى بتعدد الفاعلين للركن المادى فيها ، فكل شخص ساهم فى إعدام رضا المرأة ، واتصل بها جنسيا ، يعد مرتكبا لجريمة اغتصاب ، إذ أن كل من اشترك مع غيره فى إتيان الافعال المكونة للاغتصاب يعتبر مغتصبا ، ويوسـم فعله بالاغتصاب ، ويعاقب كل منهم على ارتكابه لجريمة الاغتصاب ، كأن كلا منهم قد ارتكب الجريمة بمفرده •

وتفرق الشريعة الاسلامية بين نوعين من الاشتراك أو المساهمة الجنائية فى الاغتصاب ، فالمساهمة إما مباشرة ، كمن اشترك مع غيره فى تنفيذ الركن المادى للجريمة • والمساهمة غير المباشرة ، هى التى يتسبب فيها الشريك فى ارتكاب الجانى الجريمة ، بوسيلة من وسائل الاشتراك كالاتفاق أو التحريض أو المساعدة ، ويعاقب الفاعل للجريمة بعقوبة الحد ، بينما يعاقب الشريك بعقوبة تعزيرية •

ويختلف رأى فقهاء الشريعة ، عن رأى شراح قانون العقوبات فى عدم اشتراط فقهاء الشريعة ، لعقاب الشريك أن يكون فعله متزامنا مع ارتكاب الجريمة ، فلا يشترط أن يكون فعل الاشتراك ، مقترنا مع وقوع الاغتصاب ، لأن هذه الوسائل معاقبا عليها بذاتها ، مادامت تشكل معصية •

أما شراح قانون العقوبات ، فانهم يشترطون لعقاب الشريك ، عن جريمة الاغتصاب ، أن يكون فعله متزامنا مع قيام شريكه بمواقعة المرأة ، فاذا كان فعل الشريك سابقا على وقاع المرأة ، فلا يعتبر شريكا مباشرا ، وإنما شريكا غير مباشر •

ويختلف فقه الشريعة ، مع الرأى السائد فى قانون العقوبات ، الذى يرى أن جريمة الاغتصاب ، من جرائم ذوى الصفة الخاصة لأن الفاعل فيها لا يكون إلا رجلا ، فان نظر الفقه ، إلى أن الاشتراك يكون من الرجل ومن المرأة ، والمناط فى هذا الاختلاف ، بين الفقه والقانون ، اختلاف ماهية الاشتراك فى جريمة الاغتصاب بينهما ، حيث إن الفقه يعتبر دور المرأة فى هذه الجريمة ، هو اشتراك فى كل الاحوال ، والمرأة شريكة للرجل دائما ، فى معاونته على اغتصاب امرأة أخرى ، أيا كانت وسيلة الاشتراك ، والقدر الذى قامت به فى الجريمة ولا تعتبر المرأة فاعلة لهذه الجريمة ، لأن الجريمة لا تقوم إلا بالوطء وهو من اختصاص الرجل وحده •

أما قانون العقوبات ، فان المرأة قد تكون فاعلة لهذه الجريمة ، إذا كان فعلها ينطوى على إعدام لرضا المرأة لمواقعة الرجل ، ولا يمنع أن تكون المرأة شريكة فى ارتكاب جريمة الاغتصاب • والاظهر اعتبار المرأة شريكة فى هذه الجريمة ، وتقدير العقوبة الملائمة لدورها فى الجريمة لأن هذا الرأى يناسب طبيعة الركن المادى لجريمة الاغتصاب الذى يتأسس على الوطء ، وهو يتأتى من الرجل دون المرأة •

الفصل الثالث

عقوبة الاغتصـــاب

المبحث الأول

عقوبة الاغتصاب البسيط فى القانون الجنائى

تدور عقوبة الاغتصاب بين الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، وهذا يعنى تغليظ العقوبة فى حالة ، وتخفيفها فى أخرى ، لاعتبارات قدرها المشرع ، لما لها من أثر على ارتكاب الجريمـــة ، يتعلق بقوة الافعال التى أتاها الجانى ، وســـلطة الجانى على المجنى عليهـــا ، والمسئولية التى يتحملها تجاه المجنى عليه ، مع تقديرها له وثقتها فيه ، ومخالطتها له ، واستمدادها الامان منه ، وهو ما يستدعى تغليظ العقوبة من جانب الجانى ، الذى يهدر هذه المكنات فهنا يتوفر الظرف المشدد ، الذى يبرر جسامة العقوبة ، تناسبا مع بشاعة الجريمة ، والخطورة الاجرامية للجانى ، وتنكره للمقررات الدينية والاخلاقية والاجتماعية .

فاذا كان ارتكاب الجانى لجريمته ، بمعزل عن هذه العـــلاقة الخاصة بين الجانى والمجنى عليها ، وهو ما يعنى أن المجنى عليهـــا ليست تحت سلطة الجانى ، ولا يسهل عليه أن يتوصل إليها لمواقعتها ، إلا بضرب من اتخاذ الوسائل والاسباب ، والتحوط الدقيق فى تنفيذ جريمته ، وهو فى ذات الوقت ، ليس ملتزما تجاهها بواجب معين من الرعاية وحسن التنشئة ، إذا كان الامر كذلك ، فان عقابه عن ارتكابه

لجريمة الاغتصاب ، على هـذه المرأة لا ينطوى على ذات الخطورة للجريمة ، ولا يمثل انتهاكا للمقررات الدينية والاجتماعية والقانونية يماثل ذلك الانتهاك ، الذى ارتكبه الجانى الاول ، ومن ثم فان العقوبة المطبقة عليه تكون مخففة ، ورغبة من الشارع المصرى فى رعاية هذه المعانى المختلفة ، فقد وازن فى العقوبة ، بحسب هذا الاختلاف ، وغاير فى مقدارها تبعا لطبيعة الجريمة ، وشخصية الجانى والمجنى عليها فيها • وبمعنى آخر ، فان الشارع ، قرر عقوبة معينة للاغتصاب البسيط ، وعقوبة أخرى للاغتصاب المشدد •

عقوبة الاغتصاب البسيط :

الاغتصاب البسيط هو ذلك النوع من الاغتصاب ، الذى لا يقترن بظروف مشددة ، يفصح عن جسامة الجريمة ، أو عن خطورة فاعلها[1] بأن يكون ارتكاب الجانى لجريمته على الانثى ، قد سلك المسلك العادى ، الموصل إلى وقاع الانثى ، ولم يخرج فى مسلكه الاجرامى عن السلوك المألوف فى أمثاله ، من المجرمين المرتكبين لهذه الجرائم ، فلا يتضمن سلوكه خطورة اجرامية خاصة ، تفوق غيره من المجرمين ولا تربطه بالمجنى عليها ، علاقة خاصة ، تجعل اجرامه مؤثما أشد التأثيم وقد عاقب الشارع الجانى المرتكب ، لجريمة الاغتصاب البسيط ، بعقوبة تتراوح بين الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة • وذلك

---

(١) د. حسنين عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، ص ١٧٠ .

فيما نص عليه فى المادة ١/٢٦٧ بقوله : من واقع أنثى بغير رضائها ، يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .

وبمقتضى نص المادة ، فقد أعطى المشرع ، القاضى سلطة تقديرية ، فى الاختيار بين الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . وأساس ذلك أن الجانى فى ارتكابه للاغتصاب ، على المرأة الاجنبية ، التى لا يرتبط بها بسلطة وبواجبات معينة ، فان ثمة ظروفا قد تصاحب ارتكاب الجريمة ، ينبغى مراعاتها ، وادخالها فى الاعتبار عند النظر بالعقوبة ، وأبرزها سن المجنى عليها كأن تكون طفلة أو صغيرة السن ، أو عجوزا طاعنة فى السن ، أو أن تكون ذات سمعة طيبة وأخلاق فاضلة ، أو أن يتعدد الجناة على المرأة ، أو أن تكون قد قاومت الجانى بكل السبل الممكنة ، ولم يتورع عن اغتصابها والنيل منها ، فهذه الامور وأمثالها تعطيه حق معاقبة الجانى ، بالاشغال الشاقة المؤبدة .

ولا ينبغى أن يفهم من ذلك أنه يتعين على القاضى أن يحكم بالاشغال الشاقة المؤبدة ، لأن القانون المصرى ، لم يجعل من صغر سن المجنى عليها أو تعدد الفاعلين ظرفا مشددا ، كما فعل المشرع الفرنسى (١) . وانما الحكم بذلك مندرج فى سلطته التقديرية ، التى خولتها له الفقرة الاولى من المادة ٢٦٧ ، فله أن يحكم فيها — هذه الحالات — بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .

---

(١) د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٠٩ بالهامش .

فاذا كان ارتكاب الجانى ، لجريمة الاغتصاب ، قد أفصح عن ضعف الخطورة الاجرامية العادية للجانى ، ولم تنطو الافعال التى أتاها الجانى على جسم المجنى عليها ، على القدر اللازم عند ارتكاب الجريمة ، بأن مكنته المجنى عليها ، بأقل قدر من العنف ، أو كانت المجنى عليها معروفة بسوء السمعة والسلوك فان للقاضى أن يطبق العقوبة المخففة ، للاغتصاب البسيط ، وهى الاشغال الشاقة المؤقتة بل أن للقاضى أن يعامل الجانى بالرأفة ، إذا اقتضت أحوال الجريمة ذلك ، على النحو المنصوص عليه فى م ١٧ من قانون العقوبات (١) •

وهذا الاتجاه ينم عن استهانة بالجريمة ، بسبب المرونة الزائدة التى تؤدى إلى ضعف الرادع عن ارتكاب الجريمة ، بعد انهيار الوازع النابع من رقابة الضمير الدينى للشخص ، وهو ما يساعد على تفشى الاغتصاب ، وشيوع الفاحشة بين الناس ، وهو عكس مقصود المشرع الذى يهدف إلى الحد من الجريمة ، وصيانة الاعراض •

---

(١) تنص م ١٧ على انه : يجوز فى مواد الجنايات ، اذا اقتضت احوال الجريمة المقامة ، من أجلها الدعوى العمومية ، رأفة القضاة ، تبديل العقوبة على الوجه الآتى :

عقوبة الاعدام ، بعقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .

عقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة ، بعقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة أو السجن •

عقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة ، بعقوبة السجن أو الحبس ، الذى لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور •

عقوبة السجن بعقوبة الحبس ، الذى لا يجوز أن ينقص عن ثلاثة شهور •

المبحث الثانى

عقوبة الاغتصاب البسيط فى الفقه الاسلامى

تمهيـــد :

علمنا أن جريمة اغتصاب الاناث ، فى الفقه الاسلامى ، هى عبارة عن الزنا بالمرأة بغير رضاها ، فأركان جريمة الاغتصاب ، هى أركان جريمة الزنا ، مع زيادة الفعل الذى يحصل به الاكراه ، أو ينتفى به رضا الانثى بالزنا ، وبمعنى اخر ، فانه يتعين عدم مطاوعة المرأة الرجل بفعل الزنا ، وعدم اختيارها فيه • فثمة تلازم بين الاغتصاب والزنا فى المفهوم الشرعى [1] ، إذ أن اغتصاب الاناث فى المعنى الذى نقصده فى هذه الدراسة ، يكون بغرض مواقعة المرأة ، وما يمارسه الرجل على الانثى من أفعال العنف أو غيره من الافعال التى يعدم بها رضاها مما يأخذ حكمها ، القصد منه الزنا بالمرأة بالمعنى الشرعى ، ولا قصد له سواه منها ، فهو إنما يغتصبها ليزنى بها ، فاذا كان له قصد آخر ، من اغتصاب الانثى كالسرقة أو الخطف •• إلى غ يرذلك ، فليس هذا من موضوعنا ، ولا نتعرض له فى هذه الدراسة •

وهذا التلازم وذلك الارتباط بين الاغتصاب والزنا ، فى المعنى الشرعى يؤدى إلى تشابه فى بعض الاحكام بين الجريمنين ، وان كان ثمة مفارقة بينهما ، لأن فعل اغتصاب الاناث ، يوجد فيه الاكراه ، أو

---

(١) فى المقابل نجد مغايرة بين مفهوم الزنا والاغتصاب فى قانون العقوبات ، اذ يقصر الزنا على علاقة الزوجية ، وهو ما يؤدى الى التباعد بين حكم الشريعة وحكم قانون العقوبات ، فى هذا الموضع ، اذ انه يقر المواقعة التى تتم بالرضا بين الرجل والمرأة •

اتيان أفعال على المرأة ، تعدم رضاها وتفسد اختيارها ، وهو ما لا يوجد فى الزنا ، وهو عنصر ذو تأثير خطير على إرادة المرأة ، فهو معصية أو جريمة تعزيرية ، فى ذاته ، وهو ما يؤدى إلى جسامة الافعال التى يأتيها الرجل على المرأة ، بما تتضمنه من إكراه أو ما فى حكمه ، إلى جانب الوطء أو فعل الوقاع •

ونتيجة لهذا التلاقى بين الاغتصـــاب والزنا ، وذلك الافتراق بينهما ، فقد ترتب أثره على العقوبة المقررة للاغتصاب ، ووجد اتجاهان فى الفقه الاسلامى ، لتحديد العقوبة المطبقة على مرتكب الجريمة •

فالاتجاه الاول يرى أن مرتكب جريمة الاغتصاب ، يطبق عليه حد الزنا ، لأنه واقع امرأة محرمة عليه شرعا ، وإذا كان قد ارتكب أفعالا أخرى كالاكراه وغيره ، على المرأة ، فانما كان ذلك وسيلة إلى الزنا ، ففعله الذى أوقعه على المرأة ، كان لاجل وطئها ، ولو استجابت لرغبته طوعا دون مقاومة ، لما مارس هذه الافعال عليها ، فجريمته جريمة زنا ، فيطبق عليه حد الزنا •

الاتجاه الثانى : يذهب إلى أن مرتكب جريمة الاغتصاب ، يطبق عليه حد الحرابة ، لأنه مجاهر بالمعصية ، ومعتد على الحرمات ، وعاث فى الارض بالفساد ، وقد جمع إلى ذلك وطء المرأة التى لا تحل له ، ومن ثم يكون محاربا ، وتطبق عليه عقوبة الحرابة •

الاتجاه الاول : معاقبة المغتصب بحد الزنا

هذا الاتجاه عبرت عنه ، النصوص الفقهية ، إما فى صورة عامة بدون إفراد أحكام بعينها ، للزانى الذى ارتكب جريمته بالاكراه ، فهى تقرر أن كل من زنى بامرأة ، وتوفرت الشروط فيه ، فانه يعاقب

بحد الزنا ، دون تفرقة بين زان وآخر • وثمة نصوص أخرى ، أفردت حكما خاصا ، للشخص الذى اغتصب المرأة ليزنى بها ، فقررت أنه يعاقب بعقوبة حد الزنا نصا • ولنذكر بعض هذه النصوص •

أولا — النصوص العامة :

نجتزى بذكر القليل من هذه النصوص ، ومن ذلك : قول صاحب البدائع : وأما حد الزنا فنوعان ، جلد ورجم ، وسبب وجوب كل واحد منهما وهو الزنا ، وانما يختلفان فى الشرط وهو الاحصان ، فالاحصان شرط لوجوب الرجم ، وليس بشرط لوجوب الجلد ، فلابد من معرفة الزنا والاحصان فى عرف الشرع (١) • وقد سبق تعريف الزنا •

ويقول صاحب بداية المجتهد : والزناه الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف : محصنون ثيب وأبكار ، وأحرار وعبيد ، وذكور واناث • والحدود الاسلامية ثلاثة : رجم وجلد وتغريب • فأما الثيب الاحرار المحصنون ، فان المسلمين اجمعوا على أن حدهم الرجم ، إلا فرقة من الاهواء ، فانهم رأوا أن حد كل زان الجلد •• وانما صار الجمهور للرجم ، لثبوت أحاديث الرجم ، فخصصوا الكتاب بالسنة ، أعنى قوله تعالى الزانية والزانى — الآية (٢) •

ويقول صاحب المهذب : إذا وطىء رجل من أهل دار الاسلام ، امرأة محرمة عليه ، من غير عقد ولا شبهة عقد ، وغير ملك ولا شبهة

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٣٣ •

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٤٣٤ ، ٤٣٥ •

ملك ، وهو عاقل بالغ مختار ، عالم بالتحريم ، وجب عليه الحد ، فان كان محصنا وجب عليه الرجم (١) .

ويقول صاحب المغنى : لا خلاف بين أهل العلم ، فى أن من وطىء امرأة فى قبلها ، حراما لا شبهة له فى وطئها ، أنه زان يجب عليه حد الزنا إذا كملت شروطه (٢) .

فهذه النصوص ذات دلالة عامة ، فى وجوب إقامة حد الزنا ، على كل من وطء المرأة ، وتوفرت فيه الشروط لاقامة الحد عليه ، وهذه الشروط مجملها ، أن يكون الزانى مكلفا ، وذلك بالبلوغ والعقل ، فالبالغ العاقل هو الذى يقام عليه الحد ، وأن يكون مختارا قد وطأ المرأة بارادته ، طبقا للرأى الراجح فى الفقه ، وأن يكون قد وطـأ المرأة وطئا حقيقيا بايلاج عضو ذكورته فى فرج المرأة ، وأن تكون المرأة أجنبية عنه ، لا تربطه بها علاقة زواج ، وألا توجد شبهة عند وطئه للمرأة ، فاذا اجتمعت هذه الشروط طبق عليه حد الزنا ، وهو الجلد مائة جلدة إذا لم يكن محصنا ، أى لم يسبق له الزواج . فاذا كان الزانى محصنا أقيم عليه حد الرجم ، وشروط الاحصان الذى يجب به الرجم هى العقل والبلوغ والاسلام ، والنكاح الصحيح ، وأن تكون زوجة المحصن على هذه الصفات ، أى بالغة عاقلة مسلمة ، فى عقد زواج صحيح ، وهو ما قال به فقهاء الحنفية (٣) .

---

(١) الشيرازى ، المهذب ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ .

(٢) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٨ ، ص ١٨١ .

(٣) يقول الكاسانى : فوجود هذه الصفات جميعا فيهما ، شرط لكون كل واحد منهما محصنا ، والدخول فى النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخرا عنها ، فان تقدمها ، لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعدها . بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٣٧ .

وبالنظر إلى من يرتكب جريمة الاغتصاب ، فانه يطبق عليه حـد الزنا وهو الجلد مائة جلدة ، إذا توفرت فيه الشروط السابقة ، ولم يكن قد تزوج بعد ، فاذا كان متزوجا ، وتوفرت الشروط ، طبق عليه حد الرجم ، لانه بالزواج قد حصن نفسه ، فاذا ارتكب الجريمة ، بعد ذلك ، فهذا دليل على خطورته الاجرامية ، ومدى انتهاكه للاعراض ، وتجرئه عليها ، فلا يطبق عليه التخفيف ، المطبق على غير المحصن ، فعدم الاحصان ظرف مخفف استوجب تخفيف العقوبة بالجلد مائة ، والاحصان بالزواج ظرف مشدد ، استوجب تشديد العقوبة ، بالرجم بالحجارة حتى يموت . فالتخفيف والتشديد فى العقوبة هنا ، المناط فيه صفة الزانى ، وما اذا كان محصنا أو غير محصن ، لأن الشخص اذا تزوج ، فقد فتحت أمامه السبل لاشباع شهوته ، وقضاء وطره فى نطاق المشروعية وانقطعت الاسباب التى يتعلل بها ، لقضاء شهوته من مصدر آخر ، فلم يكن له عذر فى ارتياد طريق الحرام ، أما غير المتزوج ، فانه اذا أقدم على الزنى ، فانه قد يكون له عذر فيه ، لغلبة الشهوة عليه ، فالخطأ الواقع منـه ، يمكن أن يكون له ما يبرره ، فاستحق التخفيف ، ولأن هذه المعانى منتفية فى حق غير المحصن ، فانه يستحق التشديد ، وتصير العقوبة على هذا النحو ، جزاء وفاقا ، وقانونا عادلا ، على كل منهما .

وأن المستقرىء لجرائم الاغتصاب ، يجد أنها تقع من اشخاص توفرت فيهم الشروط العامة لوجوب الحد ، وهو الجلد ، ان كانوا بالغين عاقلين غير متزوجين أقدموا على ارتكاب جريمتهم ، باختيار وروية وتخطيط للايقاع بالمجنى عليها ، وارغامها على الوطء ، فينطبق عليهم الحد مائة جلدة دون أن يكون للقاضى سلطة فى تعطيل العقوبة

أو تعديلها بالزيادة أو النقصان ، لأن القاضى مكلف بتنفيذ الحد ، ليس له سلطة فيه ، غير ذلك ، فاذا كان الجانى متزوجا ، فانه يطبق عليه حد الرجم وسلطة القاضى قاصرة على الحكم بتنفيذ الحد .

ويذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنه يطبق على الزانى البكر غير المحصن ، التغريب ، بالاضافة إلى الجلد ، فالعقوبة الواجبة التطبيق على البكر الجلد والتغريب ، وهذه العقوبة ، من قبيل الحد ، فيجمع بينهما على سبيل الوجوب ، بذلك قضى الرسول — صلى الله عليه وسلم — والراشدون من بعده ، على ما حكاه الفقهاء (١) .

---

(١) يقول ابن رشد : وأما الابكار ، فان المسلمين اجمعوا على أن حد البكر فى الزنا ، جلد مائة ، لقوله تعالى : « الزانية والزانى ، فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » . واختلفوا فى التغريب مع الجلد ، فقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تغريب أصلا . وقال الشافعى : لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان او انثى حرا ، كا او عبدا . وقال مالك : يغرب الرجل ولا تغرب المراة ، وبه قال الاوزاعى . ولا تغريب عند مالك فى العبيد . فعمده من اوجب التغريب على الاطلاق : حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه : البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام .

وكذلك ما خرج اهل الصحاح عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى انهما قالا : ان رجلا من الاعراب اتى النبى عليه الصلاة والسلام قال : يا رسول الله : انشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله ، فقال الخصم ، وهو افقه منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله ، وائذن لى أن أتكلم ، فقال له النبى — صلى الله عليه وسلم — قل : قال : ان ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامراته ، وانى اخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبرونى انما على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امراة هذا الرجم ، فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — والذى نفسى بيده لاقضين بينكما بكتاب الله . أما الوليدة والغنم

=

ويرى الحنفية ، أن العقوبة الواجبة التطبيق على البكر الزانى ، الجلد على سبيل الحد ، ويجوز للقاضى أن يجمع بين الجلد والتغريب على سبيل المصلحة ، إذ لا يدخل التغريب فى الحد ، وإنما هو سياسة لما فيه من المصلحة ، إذا رآه القاضى [1] .

وبناءا على ذلك ، يطبق على البكر المرتكب لجريمة اغتصاب الاناث ، عقوبة الجلد والرجم ، ويجمع بينهما وجوبا ، عند جمهور الفقهاء ، وجوازا عند الحنفية ، فيكون للقاضى سلطة تقديرية فى الجمع بين الجلد والتغريب طبقا للرأى الاخير .

= فرد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس على امرأة هذا ، فان اعترفت فارجمها ، فغدا عليها أنيس فاعترفت ، فأمر النبى — صلى الله عليه وسلم — بها فرجمت .

ومن خصص المرأة من هذا العموم ، فانه خصصه بالقياس ، لانه رأى أن المرأة تعرض بالغربة لاكثر من الزنا ، وهذا من القياس المرسل ، اعنى المصلحى ، الذى كثيرا ما يقول به مالك . بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٤٣٦ .

ويقول الخطيب : والبكر الحر مائة جلدة وتغريب عام ، الى مسافة قصر فما فوقها . واذا عين الامام جهة ، فليس له طلب غيرها فى الاصح ، ويغرب غريب من بلد الزنا الى غير بلده ، فان عاد الى بلده ، منع فى الاصح . مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ١٤٧ ، ١٤٨ .

ويقول البهوتى : واذا زنى الحر غير المحصن من رجل أو امرأة ، جلد مائة ... وغرب عاما : لقوله — صلى الله عليه وسلم — البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام . ولأن الخلفاء الراشدين ، فعلوا ذلك بالحر غير المحصن وانتشر ، ولم يعرف لهم مخالف ، فكان كالاجماع .
كشاف القناع ، جـ ٦ ، ص ٩١ ، ٩٢ .

(١) يقول الموصلى : ولا يجمع على المحصن الجلد والرجم ، ولا يجمع على غير المحصن الجلد والنفى ، الا أن يراه الامام مصلحة فيفعله بما يراه.
الاختيار ، جـ ٣ ، ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

ثانيا — النصوص الخاصة :

وردت هذه النصوص فى غير موضع منها : يقول ابن عابدين : ولو غصب حرة ثيبا ، فزنى بها فماتت من ذلك ، قال أبو حنيفة : عليه الحد .. مع دية الحرة (١) .

ويقول الامام مالك : أرأيت لو ان رجلا ، غصب امرأة ، أو زنى بصبية مثلها يجامع ، أو زنى بمجنونة ، أو أتى نائمة ، أيكون عليه الحد والصداق جميعا فى قول مالك ، قال ، قال مالك فى الغصب : إن الحد والصدق يجتمعان على الرجل ، فأرى المجنونة التى لا تعقل والنائمة بمنزلة المغتصبة . وقد قال مثل قول مالك : فى الحد والغرم على بن أبى طالب وابن مسعود ، وسليمان بن يسار ، وربيعة وعطاء .. وقال ربيعة فى النائمة : إن على من أصابها الحد (٢) .

ويقول ابن جزى : فى التعدى فى الفروج ، فمن اغتصب امرأة وزنى بها ، فعليه حد الزنى ، وإن كانت حرة فعليه صداق مثلها (٣) .

ويقول ابن رشد : ومن هذا الباب اختلافهم فى المكرهة على الزنا هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا ؟ فقال مالك والشافعى والليث : عليه الصداق والحد جميعا . وقال أبو حنيفة والثورى : عليه الحد ، ولا صداق عليه ، وهو قول ابن شبرمة . وعمدة مالك ، أنه وجب عليه حقان : حق لله ، وحق للآدمى ، فلم يسقط أحدهما الآخر ، أصله

---

(١) ابن عابدين ، رد المحتار ، جـ ٤ ، ص ٣٠ .
(٢) مالك ابن انس ، المدونة الكبرى ، جـ ٤ ، ص ٤٠١ .
(٣) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٢٨٥ .

السرقة التى يجب بها عنـدهم الغرم والقطع . وأما من لم يوجب الصداق ، فتعلق فى ذلك بمعنيين : أحدهما أنه إذا اجتمع حقـان حق لله وحق للمخلوق ، سقط حق المخلوق لحق الله ، وهذا على رأى الكوفيين فى أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع . والمعنى الثانى : أن الصداق ليس مقابل البضع ، وإنما هو عبادة ، إذا كان النكاح شرعيا ، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق فى النكاح ، الذى على غير الشرع (١).

ويقول ابن فرحون : والزنا محرم بنص القرآن ، ويجب فيـه العقوبة والصداق ، إذا كانت المرأة مكرهة أو غير عالمة (٢) .

ويقول الامام الشافعى : فى الرجل يستكره المرأة أو الامة يصيبها أن لكل واحدة منهما صداق مثلها ، ولا حد على واحد منهما ولا عقوبة. وعلى المستكره حد الرجم ، إن كان ثيبا ، والجلد والنفى ، إن كان بكرا وقال محمد بن الحسن : لا حد عليهما ولا عقوبة ، وعلى المستكره الحد ، ولا صداق عليه ، ولا يجتمع الحد والصداق معا (٣) .

إن دلالة هذه النصوص ، على وجوب معاقبة مغتصـب المرأة ظاهرة ، فهى نص فى موضوع جريمة اغتصاب الاناث ، فقد أوجبت معاقبة الرجل مرتكب الجريمة بعقوبة حد الزنا ، وهى الجلد والنفى للرجل البكر الذى لم يسبق له الزواج ، والرجم للرجل الذى سبق له الزواج ، ويذهب بعض الفقهاء ، إلى أنه يجب على المغتصب للمرأة أن يدفع صداقها ، وان كان البعض الآخر يكتفى بتطبيق الحد ، دون

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٣٢٤ .
(٢) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ٢ ، ص ٢٥٦ .
(٣) الشافعى ، الام ، ج ٣ ، ص ٢٣٠ .

إيجاب الغرامة المالية المتمثلة فى الصداق . والرأى الغالب فى الفقه هو الاول القاضى بتوقيع الغرامة المالية بالاضافة إلى الحد ، لانه رأى جمهور الفقهاء ، أما الثانى ، فانه رأى للامام أبى حنيفة .

ومن وجه آخر ، فان هذه النصوص تقرر بجـلاء ، أن الانثى المغتصبة أى التى وقع عليها الاغتصاب ، تعفى من العقاب ، لانهـا مكرهة ، لا إرادة لها ولا اختيار ، فترتفع عنها العقوبة ، فان المكره مرفوع عنه العقوبة بنص حديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — : رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . والعمل على هذا عند أصحاب النبى — صلى الله عليه وسلم — وغيرهم : أن ليس على المستكره حد .

وإن هذا الاتجاه فى الفقه ، الذى يقضى بمعاقبة مرتكب جريمة الاغتصاب بحد الزنا واعفاء المرأة من العقوبة ، له سند من النصوص التى وردت فى السنة المطهرة : فقد روى عن الحجاج بن أرطأة ، عن عبد الجبار بن وائل عن أبيه ، قال : استكرهت امرأة على عهد النبى — صلى الله عليه وسـلم — فدرأ عنها رسـول الله — صـلى الله عليه وسلم — الحد ، وأقامه على الذى أصابها ، ولم يذكر أنه جعل لها مهرا . قال الترمذى : هذا حديث غريب ، ليس إسناده بمتصل ، وقد روى هذا الحديث من غير هذا الوجه .

وعن علقمـة بن وائل عن أبيـه ، من طريق محمـد بن يحيى النيسابورى عن الفريابى عن سماك عنه ولفظه : ان امرأة خرجت على عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — تريد الصلاة ، فلقيها رجل فتحللها ، فقضى حاجته منها ، فصاحت فانطلق . ومر عليهـا

رجل فقالت : إن ذاك الرجل فعل بى كذا وكذا • ومرت بعصابة من المهاجرين فقالت : إن ذاك الرجل فعل بى كذا وكذا • فانطلقوا فأخذوا الرجل الذى ظنت أنه وقع عليها ، فأتوها به ، فقالت : نعم هو هذا فأتوا به رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فلما أمر به ليرجم ، قام صاحبها الذى وقع عليها ، فقال : يا رسول الله : أنا صاحبها • فقال لها : اذهبى فقد غفر الله لك • وقال للرجل الذى وقع عليها : ارجموه •

وقال : لقد تاب توبة ، لو تابها أهل المدينة ، لقبل الله منهم ، قال الترمذى : هذا حديث غريب ، وفى نسخة صحيح (١) • فهذا الحديث جار على مقتضى الاصول الشرعية ، التى توجب الحد ، على مرتكب جريمة الزنا ، والجريمة هنا ليست زنا فقط ، وانما جمع إلى الزنا الاكراه ، فاذا كان ذلك لم يوجب زيادة العقوبة عن حد الزنا ، فأولى به ألا ينزل بالعقوبة فى جريمة الاغتصاب ، عن الحد ، وإلا كان ذلك رحمة بالمغتصبين للاناث ، واتاحة الفرصة أمامهم للتفلت من عقوبة الحد ، والشريعة الاسلامية تضرب بشدة على يد المفسدين ، لتطهير المجتمع من الجريمة ، ولصيانة الاعراض والانساب •

ومجمل ما يذهب إليه هذا الاتجاه الفقهى ، انه يرى معاقبة مرتكب جريمة الاغتصاب ، بعقوبة حد الزنا ، وهى عقوبة تراعى صفة الفاعل فاذا كان متزوجا ، فالعقاب هو الرجم ، وإذا كان الرجل بكرا ،

---

(١) انظر ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٨٠ ، ٨١ .

فالعقوبة هى الجلد والتغريب ، ويضاف إلى ذلك فرض غرامة مالية بمقدار مهر المرأة • فالتخفيف فى العقوبة ، تقرر لوجود صفة فى الفاعل تقتضى التخفيف ، والتشديد فى العقوبة تقرر كذلك ، لوجود صفة فى الفاعل ، تقتضى التشديد • وهو ملحظ له ما يبرره ، لتقديره للاعتبارات المتعلقة بالظروف التى ارتكبت فيها الجريمة ، وهو ما يجب أن يؤخذ فى الاعتبار •

مقارنة الشريعة بالقانون :

إن عقوبة الاغتصاب فى قانون العقوبات ، ليست واحدة ، فهى إما الاشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة ، أو هى الاشغال الشاقة المؤبدة والسبب فى مغايرة العقوبة ، هى الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ، وصفة الجانى المرتكب لها •

ونظر الفقه الاسلامى ، إلى العقوبة المقررة للجريمة ، ينحو إلى اتجاهين ، اتجاه يقضى بمعاقبة مغتصب الانثى بحد الزنا ، واتجاه يعاقب المغتصب بحد الحرابة •

وأول ما يلفت النظر اليه للوهلة الاولى ، أن العقوبة التى أتى بها قانون العقوبات ، سواء فى صورتها البسيطة أو المشددة ، غير كافية لردع الجناة فى هذه الجريمة ، لذلك تعالت الصيحات بتشديد العقوبة على مغتصبى الاناث ، والحكم عليهم بالاعدام ، وهو مقتضى تطبيق الشريعة الاسلامية عليهم ، بوصفهم محاربين •

وإن اجراء المقارنة بين عقوبة الاغتصاب البسيط والعقوبة المخففة فى الفقه الاسلامى ، يجد أن ثمة بونا شاسعا بينهما ، فعقوبة الاغتصاب البسيط ، فى القانون هى الاشغال المؤقتة أو المؤبدة ، بحسب ما يراه القاضى فى هذا الشأن ، وذلك على مرتكب جريمة الاغتصاب ، الذى لا يفصح عن خطورة اجرامية للجانى ، ولا يربط بين الجانى والمجنى عليها ، علاقة خاصة • أما العقوبة المخففة فى الفقه الاسلامى ، فهى معاقبة المغتصب بحد الزنا ، وهو الجلد والتغريب على البكر ، والرجم على المغتصب المتزوج •

ومناط الاختلاف بينهما ، أن العقوبة ، التى قررها القانون الوضعى ، هى من قبيل العقوبات المقيدة للحرية ، أما فى الفقه الاسلامى ، فهى عقوبة تنطوى على إيلام بالجانى ، وتغريبه عن مكان الجريمة . ومن ناحية أخرى ، فان العقوبة التى أتى بها القانون ، هى من قبيل العقوبات العادية ، فللقاضى سلطة تقديرية فى تطبيقها ، وله أن يخففها ، كما أن للمشرع أن يعدلها أو يعفو عن الجانى . بينما العقوبة فى الفقه الاسلامى هى عقوبة حد ، ليس له أن يعفو عن الجانى أو يعطلها ، أو يخففها ، لأنها حق الله تعالى . ومن وجه ثالث : فان العقوبة فى قانون العقوبات ، لا تعبأ بالأوصاف التى يكون عليها الجانى ، وما إذا كان بكرا أو متزوجا ، فالمغتصب فى نظر القانون يعاقب بذات العقوبة ، مع أن أسباب الاقدام على الجريمة دافعة عند البكر ، وتعتبر ظرفا مخففا له ، وعلى العكس الجانى المتزوج ، فان الاسباب لديه مانعة عن اقدامه على ارتكاب الجريمة ، وهذا دليل على خطورته الاجرامية ، وعلى ميل للفسوق والفجور ، يجب أن يقابل بما يتناسب معه . والشريعة الاسلامية تأخذ بهذه التفرقة لهذا المعنى ، فتعاقب البكر بالجلد والتغريب ، وتعاقب المتزوج بالرجم .

ويلاحظ أن قانون العقوبات ، لم يجعل من صغر السن للمجنى عليها وتعدد الفاعلين ، سببا لتشديد العقوبة ، فى حين أن مقتضى أحكام الفقه الاسلامى ، أن الجانى المغتصب لصغيرة السن ، أو عند تعدد الفاعلين ، يعاقب الجانى فيها ، بوصفه محاربا ، وتنطبق عليه عقوبة الحرابة . وهذا الاغفال الذى وقع فيه المشرع المصرى ، تنبه إليه المشرع الفرنسى ، فجعل ذلك ظرفا مشددا ، وهو ما يدل على أن مسلك المشرع المصرى ، مسلك غير سديد .

ويمضى المشرع المصرى ، فى مسلكه المخفف ، الذى أدى إلى التجرأ على الجريمة ، وعدم تحقيق الردع فى العقوبة ، حيث أجاز للقاضى أن يعامل الجانى بالرأفة ، اذا اقتضت أحوال الجريمة ذلك ، كما نصت عليها المادة ١٧ من قانون العقوبات • وهذا المسلك يتناقض مع اتجاه المشرع الاسلامى ، الذى يأخذ الجانى فى هذه الجريمة بما يزجره ويردع أمثاله ، ممن تسول لهم أنفسهم ، الاقدام على ارتكاب جريمة اغتصاب الاناث ، أو الاعتداء على الفروج ، وهو ما يفسر كثرة هذا النوع من الجرائم ، فى ظل القانون الوضعى ، وقلة هذه الجرائم فى ظل تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية • لذلك فان جدوى الاخـذ بحكم الشريعة الاسلامية ، فى الجلد أو التغريب ، والرجم ، ظاهر عن حكم قانون العقوبات ، حتى لو اعتبرنا هذه العقوبة من قبيـل العقوبات المخففة بالقياس إلى تطبيق عقوبة الحرابة ، وهى العقوبة المشددة التى تطبق على المغتصب •

المبحث الثالث

عقوبة الاغتصاب المشدد فى القانون الجنائى

الاغتصاب المشدد ، هو ذلك النوع من الاغتصاب ، الذى يبرز جسامة الجريمة ، وخطورة الجانى • فيكون الجـانى فى ممارسته الاغتصاب على المجنى عليها ، قد خالف مقتضيات العقـل والشرع والقانون ، وخرج عن الفطرة السوية للانسان ، وهو ما يعنى توفر صفة معينة لدى الجانى ، تسهل له اغتصاب المجنى عليها ، وممارسته فعل الوقاع معها •

وقـد نص قانون العقوبات المصرى ، على عقوبة الاغتصـاب المشدد ، فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ بقوله : فاذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها ، أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها ، أو ممن لهم سلطة عليها ، أو كان خادما بالاجرة عندها ، أو عند من تقـدم ذكرهم ، يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة .

ويبين من النص ، انه لتطبيق عقوبة الاغتصاب المشـدد ، وهى الاشغال الشاقة المؤبدة ، يجب أن تتوفر صفة من الصفات المنصوص عليها ، كأن يكون الجانى من أصول المجنى عليها . أو أن يكون الجانى من المتولين تربيتها أو ملاحظتها ، أو أن يكون الجانى ممن لهم سلطة على المجنى عليها ، أو أن يكون الجانى خادما عند المجنى عليها ، أو عند من تقدم ذكرهم . وهذه الصفات على ما هو واضح ، تحتم إنزال العقوبة المغلظة بالجانى ، لهذا الظرف الخاص به ، ولنفصل كل صفة من هذه الصفات .

١ ــ الجانى من أصول المجنى عليها :

يقصد بكون الجانى من أصول المجنى عليها ، أن تكون المجنى عليها من نسل الجانى ، فهى جزء منه وفرع له ، وامتداد طبيعى له . وهذا يتأتى فى أن يكون الجانى الأب أو الجد مطلقا وإن علا ، فيدخل الجد الصحيح والجد الفاسد ، لانهم أصل المجنى عليها . والتقييـد بكون الجانى من أصول المجنى عليها ، هو الاصل الحقيقى ، لا الاصل المزعوم أو المدعى ، كما فى التبنى لأن البنت المتبناه ، ليست بنتا لمن تبناها ، ولا لها حقوق البنت ولا تنسب إلى الأب المتبنى ، وهو صريح نص قوله تعالى « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ، ذلكم قولكم

بأفواهكم ، والله يقول الحق ، وهو يهدى السبيل ، ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم ، وكان الله غفوراً رحيماً » . الأحزاب : ٤ ، ٥ .

والتقيد بكون المجنى عليها من نسل الجانى ، يخرج من لم تتناسل منهم المجنى عليها ، فلا يعتبر من أصل المجنى عليها العم والخال .

ويترتب على ذلك أن الجانى إذا كان هو الأب بالتبنى أو الأب غير الشرعى ، أو كان هو العم أو الخال ، وقام باغتصاب الانثى فى ظل هذه العلاقة ، فلا تنطبق عليه عقوبة الاغتصاب المشدد ، لأن الجانى فى هذه الحالات ، ليس أصلا للمجنى عليها فى الحقيقة الشرعية ، التى تعطى البنوة للتناسل على فراش الزوجية ، كما يقول الحديث : الولد للفراش ، وللعاهر الحجر . فالعلاقة غير الشرعية لا تترتب عليها الآثار الناشئة عن العلاقة الشرعية .

ويقينا ، فان كون الجانى فى الاغتصاب ، من أصول المجنى عليها يجعل العلاقة بين الطرفين علاقة مقدسة ، يحرم فيها كل صور الابتذال أو المساس بالعرض ، ناهيك عن الاتصال الجنسى ، بل يوجب رعاية الاصل لفرعه ، وصيانته والذود عنه ضد أى معتد عليه ، فاذا أخل الاصل بواجبه الفطرى ، فقد انقلب الحارس إلى ذئب متوحش ، مما يتعين معه توافر الظرف المشدد ، الذى نص عليه القانون ، فيعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة .

٢ ـ الجانى من المتولين تربية المجنى عليها ، وملاحظتها :

يراد به : كل من وكل إليه أمر الاشراف على المجنى عليها وتهذيبها سواء كان ذلك بحكم القانون ، كالولى أو الوصى أو القيم أو المدرس فى المدرسة ، أو بحكم الاتفاق كالمدرس الخصوصى ، أو كان بحكم الواقع كزوج الأم وزوج الاخت والعم والاخ الاكبر (١) . فيدخل فى مفهوم المتولى لتربية المجنى عليها ، وملاحظتها ، كل شخص قام بتربية المجنى عليها أو تهذيبها ، أو تعليمها علما أو حرفة ، أو قام بالاشراف عليها وملاحظتها فى أمر من الامور ، أو تصرف من التصرفات ، التى تتطلب الاشراف والملاحظة . ويستمد هذه الصفة ، كل من كان كذلك ، سواء كان قريبا للمجنى عليها أو غير قريب لأن من كان هذا شأنه فان له نفوذا وتأثيرا عليها ، يسهل له مواقعتها ، فيعامل بالشدة الواجبة لردع أمثاله ، ممن أهدروا قيم التربية ، وأصول التوجيه والتهذيب وتنكروا لمبادىء العلم الصحيح ، فكانوا قدوة فاسدة ، يجب معاقبتها ، بأشد أنواع العقاب ، فتطبق عليه عقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة .

٣ ـ الجانى ممن له سلطة على المجنى عليها :

يقصد به كل شخص خول سلطة على المجنى عليها ، سواء كان مصدر هذه السلطة القانون أو الواقع . فهذه السلطة التى تتقرر للجانى على المجنى عليها ، تكسبه حقوقا عليها ، فتقوم بتنفيذ أوامره وتخضع فى تصرفها لارادته . ويستوى أن تكون السلطة مؤبدة أو

---

(١) د. احمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ص ٦٣٨ .

مؤقتة ، لأن الوصف الذى يتوفر به الظرف المشدد ، بحسبانها سلطة ، بغض النظر عن التأبيد أو التأقيت ، فهى – أى السلطة – العلة فى التشديد ، لانها مصدر النفوذ والتأثير على المجنى عليها .

وسلطة الجانى تجاه المجنى عليها ، قانونية ، وهى المستمدة من مركز قانونى ، أو فعلية وهى المستمدة من الواقع ، لا يشترط فيها أن تكون مشروعة ، فيعتبر الجانى متوفرا فى حقه ظروف التشديد ، مادام أنه قد خول سلطة على المجنى عليها ، إذ أنها تبعث فى نفسها ، الائتمار بأوامره واخضاع تصرفاتهما لارادته .

وللتفرقة بين السلطة القانونية ، والسلطة الفعلية أهميتها ، فاذا كانت السلطة قانونية ، كسلطة الوصى أو القيم ، فيكفى اثبات الصفة التى تتفرع عنها هذه السلطة ، فثمة قرينة غير قابلة لاثبات العكس ، على أن صاحب هذه الصفة له السلطة على المجنى عليها ، أما إذا كانت السلطة فعلية كسلطة زوج الام أو عشيقها ، فيتعين أثبات مجموعة الظروف ، التى يمكن أن تستخلص منها هذه السلطة ، ولا تعدو قيمة هذه الظروف أن تكون قرينة على وجود هذه السلطة ، ولكنها قرينة تقبل اثبات العكس ، ومن ثم كان للمتهم نفيها ، وكما يقول الدكتور نجيب حسنى : فان لهذه التفرقة أهميتها من حيث تسبيب حكم الادانة الذى يعتبر الظرف متوافرا ، فان كانت السلطة قانونية فيكفى أن يقرر الحكم توافر الصفة التى تستمد منها هذه السلطة . أما إذا كانت السلطة فعلية ، تعين أن يثبت الحكم توافر الظروف

الواقعية ، التى تستخلص منها هذه السلطة ، وليس بشرط لتوافر هذه السلطة ، أن يشترك الجانى والمجنى عليها فى مسكن واحد (١) •

والواقع أن مفهوم السلطة يتسع فى نطاقه ، فيندرج تحته صور من علاقات التبعية بين الجانى والمجنى عليها ، وسيطرة الاول على المجنى عليها ، وهذا يصدق على كل رابطة يكون للجانى فيها نفوذ وتأثير على المجنى عليها ، مثل العلاقة التى تقوم بين العامل ورب العمل ، يستوى فى هذا أن يكون العمل فى الحكومة أو القطاع العام والخاص• فرب العمل فى مصنع خاص له سلطة على العاملات لديه فى المصنع ، كذلك الطبيب فى المستشفى الخاص يتمتع بالسلطة على العاملات فى المستشفى ، ورئيس المصلحة الحكومية ، أو هيئة من هيئات القطاع العام ، له سلطة على الموظفات والعاملات لديه •

ومثل ذلك المدارس الحكومية والخاصة ، بل تقوم هذه السلطة بين المدرس وتلميذاته فى الدرس الخصوصى ، لأن هذا يولد النفوذ والتأثير للجانى على المجنى عليه ، ويوجد بينهما من الالفة وعدم التحوط ما يجعل ارتكاب هذه الجريمة سهلا ، وامتثال المجنى عليها لامر الجانى ، وذلك مرده إلى السلطة قانونية أو فعلية ، الامر الذى ينطبق عليه وصف الاغتصاب المشدد عند ممارسته للاغتصاب على المجنى عليها ، الخاضعة لسلطته ، ويستحق بنتيجة فعله عقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة •

---

(١) د• محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ •

المبحث الرابع

عقوبة الاغتصاب المشدد فى الفقه الاسلامى

الاتجاه الثانى : معاقبة مغتصب الانثى بحد الحرابة :

هذا الاتجاه يجد سنده فى نصوص بعض الفقهاء ، من أصحاب المذاهب الفقهية المعروفة ، التى ترى أن مفهوم الحرابة ينطبق على مرتكب جريمة اغتصاب الاناث ، لما ينطوى عليه فعل مغتصب الانثى من المغالبة واستعمال العنف ، وترويع الآمنين ، والاخلال بالامن والنظام فى المجتمع ، وهو السبب فى تشديد العقوبة ، على من ارتكب جريمته محققا هذه المعانى ، فاذا اقترن بهذه الافعال ،مواقعة الانثى ، فلا شك أن الجانى يكون مرتكبا لجريمة تندرج ضمن نطاق الجرائم ، التى تتكون منها الحرابة ، ويستحق بالتالى العقوبة المقررة لجريمة الحرابة.

جريمة اغتصاب الاناث من الحرابة :

وسنعرض فيما يلى لهذه النصوص ، مبينين وجه الحقيقة ، فى ادراج جريمة اغتصاب الاناث ، ضمن جرائم الحرابة ، والاثر المترتب على ذلك ، من حيث نوعية العقوبة التى تطبق على مرتكب جريمة الاغتصاب .

يقول الامام مالك : من دخل على رجل فى حريمه ، على أخذ ماله فهو عندى بمنزلة المحارب ، يحكم فيه كما يحكم فى المحارب . ويقول فى موضع آخر : إذا أخلفوا السبيل ، كان الامام مخيرا ، إن شاء قتل وإن شاء قطع . قال مالك : ورب محارب لا يقتل ، وهو أخوف وأعظم فسادا فى خوفه ممن قتل . قلت فان اخذه الامام وقد أخاف ولم يأخذ

٤ ــ الجانى خادما عند المجنى عليها ، أو عند من تقدم ذكرهم :

يراد بالخادم كل من يقوم للمجنى عليها ، أو لاحد ممن تقدم ذكرهم ، بعمل يتقاضى عليه أجرا (١) • ويصدق هذا الوصف على الخادم عند المجنى عليها ذاتها ، كما يصدق على الخادم الذى يعمل لقاء أجر معين ، عند أحد أصول المجنى عليها ، أو المتولين تربيتها أو ملاحظتها ، أو ممن لهم سلطة عليها •

والعلة فى اضفاء الظرف المشدد على هذه الصفة فى الجانى ، أن الخادم فى المنزل ، بمثابة أحد أفراده ، فهو يخالط المجنى عليها ، ويكون على مقربة منها ، فتمنحه ثقتها ، وتأتمنة على نفسها ، فيسهل له قضاء وطره منها ومواقعتها ، إذ أنه يضطلع بحكم وضعه فى المنزل على ما لا يضطلع عليه غيره ، ويتمكن مما لا يقدر عليه سواه • لذلك فانه يستحق تشديد العقاب ، وإنزال العقاب الاليم به جزاء خيانته الثقة ، فتوقع عليه عقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة •

ولا يقتصر نطاق هذا الوصف ، على المجنى عليها ، أو على أصولها أو المتولين تربيتها أو ملاحظتها ، أو أصحاب السلطة عليها ، وانما يمتد ليشمل ممارسة فعل الوقاع ، على الخادمة التى تعمل معه فى خدمة سيده ، لأن الخادمة المجنى عليها ، تخضع لسلطة مخدومه ، فيتوفر بذلك الوصف المشدد للعقاب ، ويسهل للخادم ارتكاب جريمة الاغتصاب على زميلته التى يخالطها وتخالطه ، وتقوم بينهما ــ بحكم هذه العلاقة ــ الالفة وتتولد الثقة ، فيكون الجانى مستغلا لهذا الوصف الذى يتمتع به ، ويستثمره فى ارتكاب جريمته ، فينطبق عليه وصف الظرف المشدد ، والعقوبة المشددة ، وهى الاشغال الشاقة المؤبدة •

---

(١) د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٣٠٩ .

مالا ولم يقتل ، أيكون الامام مخيرا فيه ، يرى فى ذلك رأيه ، إن شاء قطع يده أو رجله ، وإن شاء قتله وصـــلبه أم لا ، يكون ذلك للامام • قال ، قال مالك : إذا نصب وأخاف وحارب وإن لم يقتل ، كان الامام مخيرا ، وتأول مالك هذه الآية ، قول الله تبارك وتعالى فى كتابه : « أنه من قتل نفسا بغير نفس ، أو فساد فى الارض ، فكأنما قتل الناس جميعا » قال : فقد جعل الله الفساد مثل القتل (١) •

ويقول ابن فرحون : وفى المنتقى قال القاضى أبو محمد : المحارب هو القاطع للطريق المخيف للسبيل ، الشاهر السلاح لطلب ، فان أعطى وإلا قاتل عليه ، كان فى الحضر أو خارج المصر • قال ابن القاســـم وأشهب : وقد يكون محاربا ، وأن خرج بغير سبيل ، وفعل فعل المحاربين من التلصص (٢) •

ويقول ابن جزى : فى معرفة المحارب : وهو الذى شهر السلاح وقطع الطريق ، وقصد سلب الناس ، سواء كان فى مصر أو قفر • وقال أبو حنيفة : لا يكون محاربا فى مصر ، وكذلك من حمل السلاح على الناس من غير عداوة ولاثارة فهو محارب • ومن دخل دارا بالليل وأخذ المال بالكره ، ومنع من الاستغاثة ، فهو محارب ، والقاتل غيلة محارب • ومن كان معـــاونا للمحـــاربين كالكمين والطليعة ، فحكمه كحكمهم (٣) •

---

(١) مالك بن انس ، المدونة الكبرى ، ج ٤ ، ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، ٤٣٢ .

(٢) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ٢ ، ص ٢٧١ .

(٣) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٣١١ .

ويقول ابن العربى : لقد كنت أيام تولية القضاء ، قد رفع إلى أمر قوم خرجوا محاربين فى رفقة ، فأخذوا منهم امرأة مغالبة على نفسها من زوجها ، ومن جملة المسلمين معه ، فاختلوا بها ، ثم جد فيهم الطلب ، فأخذوا وجىء بهم ، فسألت من كان ابتلانى الله به من المفتين، فقالوا ليسوا محاربين ، لأن الحرابة انما تكون فى الاموال ، لا فى الفروج ، فقلت لهم : إنا لله ، وإنا إليه راجعون . ألم تعلموا أن الحرابة فى الفروج ، أفحش منها فى الاموال ، وإن الناس ليرضون أن تذهب أموالهم ، وتخرب بين أيديهم ، ولا يرضون أن يحرب المرء فى زوجته وبنته ، ولو كان فوق ما قال الله عقوبة ، لكانت لمن يسلب الفروج ، وحسبكم من بلاء صحبة الجهـال ، وخصوصا فى الفتيـا والقضـاء (١) .

وهذه النصوص من مذهب المالكية ، واضحة الدلالة على أن جريمة الحرابة تتحقق بخروج شخص واحد أو عدة أشخاص للاعتداء على الاعراض ، وانتهاك حرمة الفروج ، أو بمعنى آخر ، باغتصاب الاناث بالمعنى الذى يقول به شراح القانون ، وهو مواقعة الانثى بغير رضـاها .

والاصل فى ذلك ، أن الخروج للاعتداء على الاناث ، ومواقعتهن بغير ارادتهن ، هو من قبيل الفساد ، والسعى فى الارض باهلاك الحرث والنسل ، ومرتكب هذا هو مرتكب لاعظم الجرائم ، وعلى حد تعبير الامام مالك : ورب محارب لا يقتل ، وهو أخوف وأعظم فسادا فى

---

(١) ابن العربى ، أحكام القرآن ، ج ٣ ، ص ٢٤٧ . نقـلا عن العقوبة ، لابى زهرة .

خوفه ممن قتل . كيف وقد قرن الله تعالى بين من قتل بغير نفس أو فساد فى الارض ، فمن فعل هذا أو ذاك ، فبنص الآية : فكأنما قتل الناس جميعا . لانه اعتدى على حرمات الله تعالى ، وانتهك حق الجماعة فى صيانة العرض والنسل ، ودنس الفروج الطاهرة .

وقد يقول قائل إن ادراج جرائم الخروج للقتل ، والخروج للسرقة واخافة السبيل ، ضمن الحرابة أمر واضح فى النصوص ، لكن اعتبار جريمة الاعتداء على الفروج — اغتصاب الاناث — ليست بذات الدرجة من الوضوح ، ويجاب عن ذلك بأن المذهب يقرر نصا بأن الاعتداء على الاعراض ، من جرائم الحرابة ، فان اغتصاب الانثى أشد فى وطأته على النفس من الاعتداء على المال ، فان الانسان يقبل التضحية بماله ولا يقبل المساس بعرضه وشرفه ، بل انه يقدم المال ويبذله فى سبيل صيانة النسل والمحافظة على العرض ، فان الانسان — كما يقول ابن العربى : لا يرضى بأن يحرب فى زوجته وابنته ، ولو كان فوق ما قال عقوبة ، لكان لمن يسلب الفروج ، لانه يسرق ما هو أنفس وأغلى من المال مجاهرة وعدوانا .

ومن وجه آخر ، فان الجانى فى جريمة اغتصاب الاناث ، قد خرج عازما على الاعتداء على الانثى ، وهو يستخدم فى سبيل الوصــول الى مطلبه هذا ، وسائل العنف اللازمة ، للايقاع بالانثى ووطئها ، أو قد يستخدم وسيلة أخرى من الخداع أو يجعل الانثى تتعاطى مسكرا أو مخدرا ، حتى لا تقوى على مقاومته ، فينال مأربه منها ، فهو إذن قاطع للطريق مخيف للمرأة ، شاهر للسلاح — أيا كان نوعه ، ليحقق طلبه ، وهو هنا وقاع المرأة . ولأن الجانى فى جريمة الاغتصاب ، قطع

الطريق ، وأخاف السبيل ، بقصد سلب الناس ، والسلب كما يكون بأخذ المال ، يكون بهتك الاعراض ووطء الفروج ، فان السلب يصدق على هذا وذاك ، ويحصل فيه الاعتداء ، وفيه استخدم الجانى القوة أو الحيلة ، ونتج عن فعله تهديد الامن ، وانتشار الفوضى ، وفقد الأمان والاستقرار للجماعة الاسلامية ، لذلك كان داخلا فى نصوص الحرابة ، كما قال بها فقهاء المذهب . وكما تدل عليـه أقوال بعض الفقهاء الآخرين :

يقول ابن حزم : المحارب هو المكابر المخيف لاهـل الطريق ، المفسد فى سبيل الارض سواء بسـلاح أو بلا سلاح أصلا ، سـواء ليلا أو نهارا فى مصر ، أو فى فلاة أو فى قصر الخليفة ، أو الجامع ، سواء قدموا على أنفسهم إماما أو لم يقدموا ، سوى الخليفة نفسه ، فعل ذلك بجنده أو غيره منقطعين فى الصحراء أو أهل قرية سكانا فى دورهم أو أهل حصن كذلك ، أو أهل مدينة عظيمة ، أو غير عظيمة ، واحدا كان أو أكثر ، كل من حارب المارة وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال او لجراحة ، أو لانتهاك فرج ، فهو محارب ، وعليه وعليهم ، كثروا أو قلوا ، حكم المحاربين ، المنصوص فى الآية ، لأن الله تعالى لم يخص شيئا من هذه الوجوه ، إذ عهد إلينا بحكم المحاربين « وما كان ربك نسيا » ونحن نشهد بشهادة الله تعالى ، أن الله سبحانه ، لو أراد أن يخص بعض هذه الوجوه ، لما أغفل شيئا من ذلك ، ولا نسيه ولا أعنتنا بتعمد ذكره ، حتى يبينه لنا غيره بالتكهن والظن الكاذب (١).

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، جـ ١١ ، ص ٣٠٨ .

يبرز هذا النص ، موقف الفقه الظاهرى ، من جريمة الحرابة ، فهو يبين الجرائم التى تدخل فى ماهية الحرابة ، وهى تتأتى فى الافعـال التى يأتيها الجانى ، يخيف بها المارة ، ويقطع بها السبيل ، لغرض قتل المجنى عليه ، أو سرقته ، أو جرحه ، أو الاعتداء على الفرج • فمن فعل ذلك فهو محارب مرتكب لجريمة الحرابة •

وينبغى أن يكون مفهوما ، أن الجانى يعد مرتكبا لجريمة الحرابة عند اتيانه لاحدى هذه الجرائم ، وليس كلها ، وبقول آخر ، فان الجانى يعتبر محاربا ، باعتدائه على الانثى ، لما ينطوى عليه فعله هذا ، من إخافة السبيل ، وتهديد المارة ، وانتهاكه لفرج محرم ، فيكون مرتكبا لجريمة الحرابة ، ويعتبر الجانى باغتصابه للانثى ، قد أسبغ على فعله وصف جريمة الحرابة •

وينطبق على الجانى هذا الوصف ، كما أن فعله يدخل فى ماهية الحرابة ، سواء كان فردا واحدا ، أو أكثر ، فالحرابة تقع من فرد ، وتقع من جماعة بلا فرق ، متى كان قادرا على تنفيذ جريمته •

وفى رأى المذهب ، يكون الشخص محاربا ، بارتكابه لجريمته ، وهى الاعتداء على الفرج — اغتصاب الاناث — سواء كان بحوزته سلاح أم بغير سلاح ، كما لو استخدم قوته العضلية ، عند اغتصابه للانثى ، فيكون محاربا بذلك • كما يعد مرتكبا للجريمة ، بغض النظر عن عنصر الزمان أو المكان ، فمن اعتدى على أنثى بالنهار أو بالليل ، فهو مرتكب لجريمة الحرابة ، كذلك من اغتصب الانثى ، داخل المدينة

أو خارجها ، فى العمران أو فى الصحراء ، فهو محارب ، وجريمته جريمة حرابة (١) ، لأن هذه أوصاف عارضة ، لا تؤثر على وقوع الجريمة .

ان هذا الاتجاه فى الفقه الاسلامى ، الذى جسده المذهب المالكى ومذهب الظاهرية ، وبعض الشافعية (٢) قد نظر إلى جسامة الحق المعتدى عليه فى جريمة الاغتصاب ، ومقدار الضرر الذى يحدثه الجانى بالمجنى عليه وبالجماعة المسلمة : إذ أن الاعتداء الذى يرتكبه الجانى ، على المجنى عليها ، لم يهدر فقط حق المجنى عليها ، فى سلامة عرضها وشرفها من الاذى الذى يستحيل ازالته ، وإنما أهدر أيضا حق الله تعالى ، وحق الجماعة الاسلامية ، فى أن يبقى المجتمع الاسلامى طاهرا نقيا ، مجتنبا للفواحش والآثام ، فلا شك أن الجانى بفعلته الشنيعة هذه ، قد دخل فى زمرة المحـاربين لله ورسـوله وعاث فى الارض بالفساد ، وانتهك حمى الفضيلة بأبشع صور الانتهاك ، بالمجـاهرة والمغالبة ، فأخاف الآمنين ، ولوث البرءاء الطاهرين ، وأشاع الفاحشة

---

(١) يقول ابن حزم : المحارب هو المكابر المخيف لاهل الطريق ، المفسد فى سبيل الارض سواء بسلاح او بلا سلاح اصلا ، سواء ليـلا أو نهارا فى مصر أو فى فلاة ، او فى قصر الخليفة او الجامع ، سـواء قدموا على انفسهم اماما او لم يقدموا سوى الخليفة نفسه فعل ذلـك بجنده أو غيره ، منقطعين فى الصحراء او اهل قرية ، سكانا فى دورهم ، أو اهل حصن كذلك ، او اهل مدينة عظيمة ، او غير عظيمة كذلك ، واحد كان او اكثر .

انظر المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٢) بالرجوع الى بعض كتابات الفقه الشافعى ، يمكن ان نجـد فيها أن الحرابة قد تكون بالاعتداء على البضع المحرم ، اذ ان التعرض للبضع مجاهرة حرابة .

انظر ، الخطيب ، معنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ١٨٠ . وغيره من المراجع الفقهية فى المذهب الشافعى .

فى مجتمع المؤمنين ، ونزع الامان من المارة وعابرى السبيل ، ومن كان شأن جريمته ذلك ، فقد خرج على مقررات الشرع ، وأخل بالنظام العام الاسلامى ، واستحق أن يوصم بأنه محارب ، وفعله بكونه حرابة ، خاصة وأن مغتصبى الاناث يعتمدون فى ارتكابهم لجريمتهم على القوة والجبروت ، فيتسلطون بهما لاجبار المجنى عليها ، على التمكين من مواقعتها ، وسلب عفتها وشرفها •

اتجـــاه المفسرين :

ومما يدعم هذا الاتجاه فى الفقه ما قال به المفسرون فى النصوص الواردة فى هذا الموضوع ، وهى قوله تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون فى الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الارض ذلك لهم خزى فى الدنيا ، ولهم فى الآخرة عذاب عظيم » المائدة : ٣٣•

وجه الدلالة فى هذه الآية ، أن الحرابة هى التعدى والسلب والزالة الامن ، من جانب المحارب ، فاعتبر فعله كما يقول صاحب المنار اعتداءا على شريعة السلم والامان ، والحق الذى أنزله الله على رسوله ، فمحاربة الله ورسوله ، هى عدم الاذعان لدينه وشرعه فى حفظ الحقوق كما قال تعالى فى المصرين على أكل الربا : « فأذنوا بحرب من الله ورسوله » وليس معناه محاربة المسلمين ، كما قال بعض المفسرين ، فمن لم يذعنوا للشرع فيما يخاطبهم به فى دار الاسلام ، يعـــدون محاربين لله ورسوله عليه السلام • فيجب على الامام الذى يقيم العدل ويحفظ النظام ، أن يقاتلهم على ذلك — كما فعل الصديق رضى الله عنه — بمانعى الزكاة — حتى يفيئوا ويرجعوا إلى أمر الله ، ومن

رجع منهم فى أى وقت يقبل منه ، ويكف عنه ، ولكن إذا امتنعوا على إملم العدل المقيم للشرع . وعثوا إفسادا فى الأرض ، كان جزاؤهم ما بينه الله فى هذه الآية ، فقوله تعالى « ويسعون فى الارض فسادا» متمم لما قبله ، أى يسعون فيها سعى فساد ، أو مفسدين فى سعيهم لما صلح من أمور الناس ، فى نظام الاجتماع وأسباب المعاش .

ويقول : والفساد ضد الاصلاح ، فكل ما يخرج عن وضعه الذى يكون به صالحا نافعا ، يقال انه قد فسد ، ومن عمل عملا كان سببا لفساد شىء من الاشياء يقال إنه أفسده ، فازالة الامن على الانفس أو الاموال أو الاعراض ومعارضة تنفيذ الشريعة العادلة واقامتها ، كل ذلك إفساد فى الارض .

روى عبد بن حميد وابن جرير عن مجاهد أن الفساد هنا الزنا والسرقة وقتل الناس وإهلاك الحرث والنسل . وكل هذه الاعمال من الفساد فى الارض . واستشكل بعض الفقهاء قول مجاهد بان هذه الذنوب والمفاسد لها عقوبات فى الشرع ، غير ما فى الآية ، فللزنا والسرقة والقتل حدود وإهلاك الحرث والنسل يقدر بقدره ، ويضمنه الفاعل ، ويعزره الحاكم بما يؤديه إليه اجتهاده ، وفات هؤلاء المعترضين أن العقاب المنصوص فى الآية خاص بالمحاربين من المفسدين الذين يكاثرون أولى الامر ، ولا يذعنون لحكم الشرع ، وتلك الحدود إنما هى للسارقين والزناة أفرادا الخاضعين لحكم الشرع فعلا ، وقد ذكر حكمهم فى الكتاب العزيز بصيغة اسم الفاعل الفرد : كقوله : « والسارق والسارقة ، فاقطعوا أيديهما » و « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » وهم يستخفون بأفعالهم ولايجهرون بالفساد حتى

ينتشر بسوء القدوة بهم ، ولايؤلفون له العصائب ليمنعوا أنفسهم من الشرع بالقوة ، فلهذا لا يصدق عليهم ، أنهم محاربون الله ورسوله ومفسدون ، والحكم هنا منوط بالوصفين معا وإذا اطلق الفقهاء لفظ المحاربين ، فانما يعنون به المحاربين المفسدين ، لأن الوصفين متلازمان (١) •

يؤكد هذا الفهم ، ما رواه يزيد بن أبى حبيب : أن عبد الملك بن مروان كتب إلى أنس يسأله عن هذه الآية ، فكتب اليه يخبره : أن هذه الآية نزلت فى أولئك النر العرنيين ، وهم من بجيله ، قال أنس : فارتدوا عن الاسلام ، وقتلوا الراعى ، واستاقوا الابل ، وأخافوا السبيل ، وأصابوا الفرج الحرام ، قال أنس : فسأل رسول الله — صلى الله عليه وسلم — جبريل عليه السلام عن القضاء فيمن حارب فقال : من سرق وأخاف السبيلفاقطع يده بسرقته ، ورجله باخافته ، ومن قتل فاقتله ، ومن قتل وأخاف السبيل ، واستحل الفرج الحرام فاصلبه • وأما قوله تعالى : « أو ينفوا من الارض » قال بعضهم : هو أن يطلب حتى يقدر عليه ، فيقام عليه الحد ، أو يهرب من دار الاسلام (٢) •

فهذه الدلالة المستفادة من الآية ، بينت أن جريمة اغتصاب الاناث ، داخلة فى معنى الحرابة الذى أتى به النص ، لأن الحرابة تكون بالتعدي على الانفس والاموال والاعراض ، يزكى هذا ، أن لفظ الحرابة ، لم يخص بجريمة القتل ، أو سلب الاموال فقط ، وإنما

(١) رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج ٦ ، ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ .
(٢) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج ٦ ، ص ٩٤ .

هو مفهوم عام يصدق على ذلك ، وعلى الاعتداء على الاناث ، وقد تأكد هذا المفهوم الموسع للفظ ، ما اقترن به بقوله تعالى : ويسعون فى الارض فسادا ، فان اغتصاب الاناث ، وسلب الاعراض بالقهر على سبيل المجاهرة ، هو سعى فى الارض بالفساد ، لا يخفى على عاقل •

ومن وجه آخر ، فان سبب نزول الآية ، يعضد ذلك ، فانها نزلت فى العرنيين ، الذين ارتكبوا جرائم القتل والسرقة ، ووطء الفرج الحرام فنزلت الآية ، لتسبغ على صنيعهم وصف الحرابة ، وأنهم محاربون ، يستحقون عقوبة الحرابة ، المنصوص عليها فى الآية • فاذا قال قائل ، إن ثمة رواية أخرى ، تدل على أن الآية نزلت فى المشركين أو فى العرنيين الذين قتلوا وسلبوا المال ، وليس فيها سلب الاعراض، قلنا ، العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، كما يقول الاصوليون وحيث أن الآية عامة ، فانها تبقى على عمومها ، فى كل الجرائم التى تعكر صفو الجماعة ، وتمس النظام والامن فى المجتمع ، ويقينا فان اغتصاب الاناث ، أصبحت من الجرائم التى تقوض الفضيلة والشرف والعفة فى المجتمع ، وتخل بالامن والنظام للجماعة الاسلامية •

وهذا الاتجاه من جانب المفسرين ، هو الذى يتمشى مع الغاية من التشريع ويؤخذ من دلالة الآية ، وهم أعرف الناس بأسباب النزول فيها ، وأخبر بالمعنى الذى تدل عليه ، فاذا التقى هذا الفهم الذى قال به بعض المفسرين ، مع أقوال بعض الفقهاء ، فان هذا يكون أجدر بالقبول والاتباع ، وهذا منحى بعض المفسرين الذين يسوقون أقوال الفقهاء ، لمعرفة الحكم الشرعى الذى تفيده الآية ، وهو ما فعله الطبرى فقد قال : حدثنى على قال حدثنا الوليد ، قال ، وسألت عن ذلك الليث

بن سعد ، وابن لهيعة ، قلت تكون المحاربة فى دور المصر والمدائن والقرى ، فقالا : نعم إذا هم دخلوا عليهم بالسيوف علانية أو ليلا بالنيران ، قلت فقتلوا وإن لم يقتلوا واخذوا المال ، قطعوا من خلاف إذا هم خرجوا به من الدار ، ليس من حارب المسلمين فى الخلاء والسبيل ، بأعظم محاربة ممن حاربهم فى حريمهم ودورهم ٠

أما الفساد : هو الزنا والسرقة وقتل النفس ، وإهلاك الحرث والنسل حسب رأى مجاهد بناء على تقرير أبى جعفر ٠

وفى تفسير الفساد ، قال : فانه يعنى ويعملون فى أرض الله بالمعاصى من إخافة سبل عبادة المؤمنين به ، أو سبل ذمتهم ، وقطع طرقهم ، وأخذ أموالهم ظلما وعدوانا ، والتوثب على حرمهم فجورا وفسوقا (١) ، وهذا المنحى دليل على تلاقى بين النظر الفقهى ، والنظر الذى يقول به بعض المفسرين ٠

عقوبة الاغتصاب كجريمة حرابة :

لقد نصت آية الحرابة ، على العقوبة التى تطبق على المحاربين ، ويلفت النظر فى هذا الصدد ، أن هذه العقوبة ، عقوبة حد ، أى أنه لا مجال لتعطيلها أو تعديلها ، على المحارب ، كما أن العقوبة فيها ، هى جملة عقوبات ، لا عقوبة واحدة ، وهى غاية فى الشدة ، إذ هى تجمع بين عقوبة القتل أو الصلب ، أو قطع الايدى والارجل من خلاف أو النفى من الارض ، فهى حصيلة عقوبات القصاص والسرقة والزنا

---

(١) تفسير الطبرى ، ج ١٠ ، ص ٢٥٧ ٠
انظر د٠ محمود العكازى ، مرجع سابق ، ص ٢٣٠ ٠

ولا غزو فى ذلك ، فانها — أى عقوبة الحرابة — جزاء لجرائم غاية فى الجسامة والخطورة ، على حقوق الافراد والجماعة ، هى القتل والسرقة والاغتصاب .

من أجل ذلك ، فقد أثير الخلاف بين الفقهاء ، حول كيفية تطبيق الحاكم ، أو القاضى لهذه العقوبات ، وما إذا كان له الحق فى الاختيار بين هذه العقوبات ، أم أنه يراعى فى تطبيق هذه العقوبات الترتيب الوارد فى النص ، بحسب جسامة الجريمة ، وخطورة الجانى الاجرامية .

يذهب الفقه الغالب ، إلى أن عقوبة الحرابة ، تكون وفقا لجسامة الجريمة ، فيستحق الجانى بقدر جريمته ، وفى هذا يقول ابن قدامة : فمن قتل منهم وأخذ المال قتل ، وإن عفا صاحب المال ، وصلب حتى يشتهر ودفع إلى أهله ، ومن قتل منهم ولم يأخذ المال قتل ولم يصلب ، وإن أخذ المال ولم يقتل ، قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى فى مقام واحد ، ثم حسمتا وخلى .

وروينا نحو هذا عن ابن عباس ، وبه قال قتادة ومجلز وحماد والليث والشافعى وإسحاق ، عن أحمد أنه إذا قتل وأخذ المال قتل وقطع ، لأن كل واحدة من الجنايتين توجب حدا منفردا . فاذا اجتمعا وجب حدهما معا ، كما لو زنى وسرق . وذهبت طائفة إلى أن الامام مخير فيهم بين القتل والصلب والقطع والنفى ، لأن أو تقتضى التخيير كقوله تعالى : « فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة » وهذا قول سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن والضحاك والنخعى وأبى الزناد وأبى ثور

وداود • وروى عن ابن عباس ما كان فى القرآن « أو » فصاحبه بالخيار • وقال أصحاب الرأى إن قتل قتل ، وإن أخذ المال قطع ، وإن قتل وأخذ المال فالامام مخير بين قتله وصلبه ، وبين قتله وقطعه وبين أن يجمع له ذلك كله ، لانه قد وجد منه ما يوجب القتل والقطع فكان للامام فعلهما ، كما لو قتل فى غير قطع طريق • وقال مالك : إذا قطع الطريق فرآه الامام جلدا إذا رأى قتله ، وإن كان جلدا لا رأى له قطعه ولم يعتبر فعله •

ولنا : على أنه لا يقتل إذا لم يقتل ، لقول النبى — صلى الله عليه وسلم — لا يحل دم امرىء مسلم ، إلا باحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بغير حق • فأما أو فقد قال ابن عباس مثل قولنا : فاما أن يكون توقيفا أو لغة وأيهما كان فهو حجة ، يدل على أنه بدأ بالاغلظ فالاغلظ • وعرف القرآن فيما أريد به التخيير البداءة بالاخف ككفارة اليمين ، وما أريد به الترتيب بدىء فيه بالاغلظ فالاغلظ ككفارة الظهار والقتل ، ويدل عليه أيضا أن العقوبات تختلف باختلاف الاجرام ، ولذلك اختلف حكم الزانى والقاذف والسارق ، وقد سووا بينهم مع اختلاف جناياتهم (١) •

هذا هو مجمل الرأى ، فى دلالة الآية ، على العقوبة الواجب تطبيقها على المحارب ، وهذه العقوبة تعتمد على جسامة الجريمة ، وخطورة الجانى ، فهى تتغير تبعا لتغير الجريمة ، وتتناسب العقوبة مع الجريمة تغليظا وتخفيفا ، فمن قتل يقتل ، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب ويجوز للامام أن يقطعه ويقتله ، ومن أخذ المال فقط ، قطعت يده

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٨ ، ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

اليمنى ورجله اليسرى ، هذا هو الرأى الذى يقول به جمهور الفقهاء وأيا كان مقدار الاختلاف فى العقوبة الموقعة على الجانى ، بين الجمهور فانها تدور فى نطاق هذا الرأى ، الذى يتأسس على التناسب بين الجريمة والعقوبة ، وأن التعبير (بأو) فى النص ، قصد به ترتيب العقوبة ، على وفق الجريمة . وهذا الرأى يقول به الحنفية والشافعية (١) والحنابلة ، لأن الجزاء على قدر الجريمة ، والأذى على قدر الضرر الذى ألحقه الجانى بالمجنى عليه والمجتمع .

---

(١) يقول الكاسانى : قطع الطريق أربعة أنواع ، أما ان يكون بأخذ المال لا غير ، واما أن يكون بالقتل لا غير ، واما أن يكون بهما جميعا ، وأما أن يكون بالتخويف من غير أخذ ولا قتل ، فمن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ، ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ، ومن اخذ المال وقتل ، قال ابو حنيفة رضى الله عنه : الامام بالخيار ، ان شاء قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه ، وان شاء لم يقطعه وقتله أو صلبه . وقيل ان تفسير الجمع بين القطع والقتل عند ابى حنيفة هو أن يقطعه الامام ولا يحسم موضع القطع ، بل يتركه حتى يموت ، وعندهما يقتل ولا يقطع . ومن اخاف ولم يأخذ مالا ولا قتل نفسا ينفى ... لنا أنه لا يمكن اجراء الآية على ظاهر التخيير فى مطلق المحارب ، لأن الجزاء على قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية ، وينقص بنقصانها هذا هو مقتضى العقل والسمع أيضا . بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٩٣ .

ويقول الخطيب : ولو علم الامام قوما يخيفون الطريق ولم يأخذوا مالا ولا نفسا عزرهم بحبس وغيره . واذا أخذ القاطع نصاب السرقة قطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، فان عاد فيسراه ويمناه ، وان قتل ، يقتل حتما ، وان قتل واخذ مالا قتل ثم صلب ثلاثا ثم ينزل ، وقيل يبقى حتى يسيل صديده ، وفى قول يصلب قليلا ، ثم ينزل فيقتل ، ومن اعانهم وكثر جمعهم عزر بحبس وتغريب وغيرهما .

مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ، ١٨١ ، ١٨٢ .

ويذهب المالكية والظاهرية ، إلى أن الامام أو القاضى ، له الخيار فى تطبيق هذه العقوبات الواردة بالنص ، فان أو تقتضى التخيير فيكون للامام سلطة فى اختيار العقوبة ، الموقعة على الجانى عند ارتكابه لجريمته • يقول ابن رشد : وأما ما يجب على المحارب ، فاتفقوا على أنه يجب عليه حق لله وحق للآدميين ، واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدى وقطع الارجل من خلاف ، والنفى على ما نص الله تعالى فى آية الحرابة • واختلفوا فى هذه العقوبات ، هل هى علة التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب ؟ فقال مالك : إن قتل فلابد من قتله ، وليس للامام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه • وإنما التخيير فى قتله أو صلبه • وأما إن أخذ المال ولم يقتل ، فلا تخيير فى نفيه ، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف • وأما إذا أخاف السبيل فقط ، فالامام عنده مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه • ومعنى التخيير عنده أن الامر راجع فى ذلك إلى اجتهاد الامام ، فان كان المحارب ممن له الرأى والتدبير ، فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ، لأن القطع لا يرفع ضرره ، وإن كان لا رأى له ، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه شىء من هاتين الصفتين ، أخذ بأيسر ذلك فيه ، وهو الضرب والنفى (1) •

ان مقتضى رأى مالك ، أن الامام يعطى سلطة تقديرية ، فى توقيع العقوبات المنصوص عليها فى الآية ، وننبه إلى أن الامام إذا كان له حق الاختيار بين هذه العقوبات ، فان حقه فى الاختيار ليس مطلقا

---

(1) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٤٥٥ .

فانه مقيد بالعقوبات الواردة فى النص ، كما أنه مقيد بقيد آخر وهو تحقيق المصلحة العامة ، وصيانة المجتمع من الجريمة وردع المجرمين تحقيقا للامن والنظام بين الجماعة الاسلامية •

وفى نطاق ذلك ، كان للقاضى أو الامام الخيار فى تطبيق العقوبة المناسبة على الجانى ، فاذا كانت الجريمة القتل ، قتل الجانى ، أو كان له حرية قتله أو صلبه وإن كانت جريمته السرقة إرهابا ومكابرة كان للامام حرية الاختيار بين قتله أو صلبه ، أو قطع يده اليمنى ورجله اليسرى — القطع من خلاف — وإن كان الجانى قد أرعب المارة ، وأخاف السبيل ، فللامام أو القاضى ، أن يعاقبه بالقتل أو الصلب أو ان يقطعه او ينفيه •

يعطى الامام مالك ، للامام أو القاضى ، سلطة اجتهادية فى تطبيق العقوبة على الجانى ، والمنحى الذى يتجه إليه المذهب ، هو تشديد العقوبة على الجانى ، لخطورته الاجرامية ، ومدى الاثر الذى تحدثه الجريمة ، من فزع الناس ، وشيوع الذعر والتمكين للارهاب ، وتحدى السلطة العامة فى المجتمع فاعتبارات المصلحة وردع المجرمين، هو أن يخول للامام هذه السلطة ، ليستخدمها لتحقيق هذه الغاية ، وما أجدرها من غاية •

ويذهب ابن حزم ، إلى أن للامام الخيار ، لكن بمنحى آخر ، فيقول : فلما اجتمع حقان ، احدهما لله ، والثانى لولى المقتول ، كان حق الله تعالى ، أحق بالقضاء ، ودينه أولى بالاداء ، وشرطه المقدم فى الوفاء على حقوق الناس ، فان قتله الامام أو صلبه للمحاربة ، كان

للولى أخذ الديه فى مال المقتول ، لأن حقه فى القود قد سقط ، فبقى حقه فى الدية ، أو العفو عنها على ما بينا فى كتاب القصاص ، ولله الحمد . فان اختار الامام قطع يد المحارب ورجله أو نفيه ، أنفذ ذلك وكان حينئذ للولى الخيار فى قتله أو الدية أو المفاداه أو العفو ، لأن الامام استوفى ما جعل الله تعالى له الخيار فيه ، وليس ههنا شىء يسقط حق الولى ، إذ ممن له أن يستوفى حقه ، بعد استيفاء حق الله تعالى (١) .

يأخذ المذهب الظاهرى ، بذات المبدأ الذى يعتنقه المذهب المالكى وهو تخيير الامام فى توقيع العقوبة المناسبة على الجانى ، لكنه يعطى الامام سلطة واسعة فى انزال العقوبة على المحارب ، بحسب ما يراه محققا للمصلحة ورادعا للجناة ، ويعطى لولى المجنى عليه حقا فى هذا الشأن ، لأن الامام هو الممثل للجماعة ، فيستوفى حقوقها ، والولى يمثل المجنى عليه ، فيستوفى حقه . فالاول حق عام والثانى حق خاص ويعطى الامام أو القاضى هذه السلطة لتوقيع الجزاء المناسب على المحارب ، دون أن يحدد العقوبة المطبقة على الجانى ، إزاء الجريمة التى ارتكبها . فهو لم يفرد لكل جريمة عقوبة ، وإنما أعطى للامام أو القاضى ، سلطة تقديرية ، فى الاختيار من بين العقوبات المحددة بالنص .

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، جـ ١١ ، ص ٣١٢ ، ٣١٣ .

سلطة الامام فى توقيع العقوبة بحسب المصلحة :

ويترتب على هذا الرأى القـائل بالتخيير ، أن توقيع العقوبات الواردة بآية المحاربة ، يختلف بحسـب خطورة الجانى ، وظروف المجتمع ، وتغير الزمان والمكان ، لأن لكل ذلك أثرا فى الاتجاه إلى جريمة من الجرائم ، وتفشى الارهاب فى بلد اسلامى عن البلد الآخر ، وهو ما يجب أن يضعه الامام نصب عينيه ، عند تطبيق عقوبة الحرابة ، تحقيقا للمصلحة ، وحفاظا على الامن والنظام فى المجتمع ٠

وبيان ذلك أن جريمة السطو المسلح على المنازل والمتاجر ، قد تكثر من زمن عن آخر ، وفى مكان عن آخر ، أو أن تتفشى جريمـة اغتصاب الاناث فى الطرقات وداخل المدن ، أو أن تنتشر حوادث قطع الطريق وجرائم القتل فى الاماكن النائية فى المدينة أو القرية ، أو أن تعم حوادث خطف الطائرات وسفك أرواح الابرياء من ركابها ، فيمكن للامام فى هذه الجرائم وأمثالها ، أن يطبق على الجناة ، عقوبة الحرابة ، تحقيقا لمصلحة الجماعة فى الامن ، ولعدم الافتيات على سلطة الدولة ، والتضحية بأرواح وأعراض الآمنين فيها ٠

وتقديرا لهذه الاعتبارات وغيرها ، التى أفرزتها الاوضـاع المعاصرة ، فاننا نأخذ بالرأى الذى يذهب إليه المالكية والظاهرية ، والذى يخول للامام أو القاضى ، سلطة اجتهادية فى نطاق النص ، لمكافحة هذه الجرائم ، التى تنطوى على ارهاب حقيقى للجمـاعة ، وارتكاب للجرائم المتعلقة بالعرض أو المال أو النفس ، لأن هـذه الجرائم تعصف بقيم المجتمع — أى مجتمع — وبمنجزاته ٠

فلذا أردنا أن نتعرف على العقوبة الواجبة التطبيق على مغتصب الاناث ، فاننا نجد أن هذه العقوبة هى الحرابة ، كما هو مقرر فى مذهب المالكية والظاهرية ، لأن جريمة الاغتصاب تكيف على أنها جريمة حرابة فتطبق على الجانى عقوبتها ، وحيث قد انتهينا إلى أن الامام أو القاضى يكون مخيرا فى توقيع العقوبة الملائمة على الجانى ، من بين عقوبات الحرابة ، فلا مطعن على القاضى ، أو يوقع على مغتصب الانثى عقوبة القتل — الاعدام — زجرا وردعا لامثاله عن الاقدام على هذه الجريمة وللقاضى كذلك سلطة تقديرية ، فى اختيار العقوبة الكفيلة بالردع ، للحفاظ على العرض والامن فى المجتمع ، من بين عقوبات القتل أو الصلب ، أو قطع الايدى والارجل من خلاف ، بحسب الحالات المعروضة أمامه فى هذا الصدد • وعليه أن يتحرى عن وجود جريمة الاغتصاب ، ويتثبت من كونها ترقى إلى كونها من جرائم الحرابة ، لشدة العقوبة المطبقة على مرتكبيها •

إن هذا الاتجاه فى تكييف الجريمة ، وتوقيع العقوبة ، الذى يقول به فقهاء المالكية والظاهرية ، أولى بالقبول ، وأجدر بالاتباع ، لتفشى ظاهرة اغتصاب الاناث ، واستسهال الجناة انتهاك الاعراض ، والاعتداء على الفروج المحرمة ، وهى ظواهر مقوضة لبنيان المجتمع الاسلامى ، شريطة توفير الضمانات اللازمة للحيلولة دون الجريمة ، وحماية الفضيلة فى المجتمع •

مقارنة الشريعة بالقـانون :

يختلف المنحى الذى ينتهجه قانون العقوبات ، عن المنحى الذى ينتهجه الفقه الاسلامى ، بشأن تشديد العقوبة فى جريمة الاغتصاب ، إذ أن القانون يقتصر فى تشديده للعقوبة على الجانى ، أن يكون على صفة معينة فى علاقته بالمجنى عليها ، بأن يكون صاحب نفوذ وتأثير على المجنى عليها ، تمكنه من ارتكاب جريمته ، بما لا يتاح لسواه • والترويع ، وفقد الامان • وأساس الاختلاف بين النظرين أن منحى الاثر الذى تحدثه جريمة الاغتصاب فى المجتمع الاسلامى ، من الارهاب أما الفقه الاسلامى ، فانه ينحو فى تشديد العقوبة على الجانى نحو القانون هو منحى يتسم بالفردية ، وحماية الحريات الخاصة ، بينما الاساس فى منحى الفقه ، هو العمومية ، وحماية الحقوق العامة ، الى جانب رعاية الحقوق الخاصة •

وبيان ذلك ، أن القانون فى تشديده ، لعقوبة مغتصب الانثى ، قد قصر التشديد على صفة معينة فى الجانى ، بأن يكون من أصول المجنى عليها ، أو من المتولين تربيتها أو ملا حظتها ، أو ممن له سلطة عليها ، أو أن يكون خادما لدى المجنى عليها ، أو عند أحد ممن تقدم ذكرهم • واذا كان فحوى القانون لم يغفل اعتبار جسامة الجريمة ، فان هذا لم ينأ به عن التركيز على الطابع الخاص ، والنظر إليه وحده فى تجريم الفعل بالعقوبة المغلظة ، حيث حصر حالات التغليظ للعقوبة على تلك الحالات المنصوص عليها ، فلا يمتد تغليظ العقوبة إلى ما عداها ، أيا كان الاثر الذى تركته الجريمة ، على النظام والامن فى المجتمع •

أما الشريعة الاسلامية ، فقد حمت جانب الجماعة الاسلامية ، ومقدار الاذى الذى يحل بالمجنى عليها ، والخطورة الكامنة فى الجانى الذى يرتكب الجريمة على ملأ من الناس ، على سبيل المغالبة والمجاهرة وبالقطع فان رعاية هذه المعانى دليل على تقدير لعنصر الخطورة الاجرامية للجانى إذ لا يتحدى السلطة العامة ، إلا من كان قوياً قادرا على تنفيذ جريمته ، وترويع الآمنين ، وبث الذعر فى نفوس المطمئنين •

وتمتد جوانب الاختلاف أيضا بين القانون والفقه الاسلامى ، فى أن القانون قد جعل الاغتصاب المشدد ، فى نطاق الجرائم العادية ، وأعطى للحاكم فيها سلطة التعديل والتخفيف والعفو ، ولا تخلو الجريمة فى ظل العقوبة التى نص عليها المشرع المصرى ، من أن تكون جريمة اغتصاب مشدد ، دون أن يضفى حماية خاصة عليها ، يتناسب مع خطورتها وانتهاكها للاعراض ، واستباحة الحرمات ، وتهديدها للامن والنظام العام فى المجتمع • أما الفقه الاسلامى ، فقد اعتبر جريمة الاغتصاب ، من جرائم الحرابة ، وهى من أكبر الجرائم التى نص عليها المشرع الاسلامى ، فعظم من أمرها ، ووصف الجناة فيها بأشنع الصفات ، فهم محاربون لله ولرسوله ، ساعين فى الارض بالفساد وهو وصف بلغ المنتهى فى البشاعة والترهيب ، وكونها من جرائم الحرابة ، يعنى أنها جريمة حد ، لا يجوز العفو فيها ، ولا تعطيلها أو تعديلها •

وينتج عن الاختلاف بين القانون والفقه الاسلامى ، أمر تابع للتكييف السابق للجريمة ، فى الفقه والقانون ، وهو المتعلق بالعقوبة

فان وصف القانون للجريمة ، بأنها من جرائم الاغتصاب المشـــدد ، استتبعه أن يخصها بعقوبة أكبر ، من العقوبة التى نص عليها فى جريمة الاغتصاب البسيط ، وهذه العقوبة المقررة للاغتصاب المشدد ، هى الاشغال الشاقة المؤبدة • وهى عقوبة غير عادلة ، لعظم الجرم الذى ارتكبه الجانى على المجنى عليها ، مما كان يحتم تشديد العقوبة عن تلك التى نص عليها القانون •

أما بالنسبة للتكييف الذى قال به الفقه الاسلامى ، وهو وصف الجريمة بكونها من الحرابة ، فانه قد ترتب عليه تشديد العقوبة ، على نحو يردع الجناة فى هذه الجريمة ، وتجعل من يرغب فى ارتكابها التردد كثيرا قبل الاقدام عليها ، لشـــدة الجزاء المترتب على فعله ، والذى ننتظره فور رتكابه لجرمته ، لأن العقوبة فيها ، هى القتـــل ـــ الاعدام ـــ أو بحسب ما يراه الامام أو القاضى ، فقد يرى صلب الجانى ، أو قطع الايدى والارجل من خلاف ، وذلك ردعا له ولامثاله من انتهاك الحرمات ، والاعتداء على المجتمع الآمن •

إن موقف الفقه الاســـلامى ، فى تعميمه لتوقيع العقوبة ، على مغتصبى الاناث ، بوصف أنها جريمة حرابة ، من شأنه أن يراعى كل الحالات التى لم ينص عليها قانون العقوبات ، والتى بحاجة إلى تشديد العقوبة ، مثل حالات صغر سن المجنى عليها ، أو تعدد المساهمين فى اغتصاب الانثى واغتصاب المرأة المريضة وغير ذلك ، كما أن من شأنه أن يضع حدا للزيادة المضطردة فى ارتكاب الجريمـــة ، نتيجة لردع الجناة الآثمين ، وحمـــاية الأغراض مجتمع المؤمنين ، ويرسى دعائم الامن والنظام فى المجتمع ، ويعود به إلى خاصيته الاولى من الطهارة والنقـــاء •

ثبت بأهم المراجـع

أولا ــ كتب التفسير :

تفسير القرآن العظيم ، للحافظ بن كثير ، م ٧٧٤ هـ طبعة كتاب الشعب ، تحقيق مجموعة من العلماء •

تفسير المنار ، للامام محمد عبده ، تأليف محمد رشيد رضا ، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٧٢ م •

ثانيا ــ كتب الحديث :

فتح البارى بشرح البخارى ، تأليف الحافظ شهاب الدين أبى الفضل العسقلانى • المعروف بابن حجر ، م ٨٥٢ هـ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ، ١٣٧٨ هـ ــ ١٩٥٩ م •

نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخيار ، تأليف محمد بن على بن محمد الشوكانى ، الطبعة الاخيرة ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر •

ثالثا ــ كتب الاصول والقواعد :

الاشباه والنظائر ، تأليف زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار الكتب العلمية ــ لبنان ١٤٠٥ هـ ــ ١٩٨٥ م •

الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية ، تأليف جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، ٩١١ هـ ــ مطبعة عيسى البابى الحلبى بدون تاريخ •

كشف الاسرار ، شرح المصنف على المنار ، للامام أبى البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفى م ٧١٠ هـ مع شرح نور الانوار على المنار ، دار الكتب العلمية ، لبنان ١٤٠٦ هـ — ١٩٨٦ م٠

رابعا — كتب الفقـــه :

الفقـــه الحنفى :

بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٠ للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى م ٥٨٧ هـ ، الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ — ١٩٨٦ م ، دار الكتب العلمية — لبنان ٠

حاشية رد المحتار — محمد امين الشهير بابن عابدين ، الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٦ م ٠ مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ٠
الاختيار لتعليل المختار عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى الحنفى الهيئة العامة لشئون المطابع الاميرية — ١٣٨٨ هـ — ١٩٦٨ م ، الادارة العامة للمعاهد الازهرية ٠

الهداية ، شرح بداية المبتدى ، تأليف برهان الدين أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الراشدانى المرغينانى ، م ٥٩٣ هـ — الطبعة الاخيرة ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ٠

الفقـــه المالكى :

بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن القرطبى ٥٢٠ — ٥٩٥ هـ — مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ، الطبعة الخامسة ١٤٠١ هـ — ١٩٨١ م ٠

تبصرة الحكام فى أصول الاقضية ومناهج الاحكام ، للقاضى برهـان الدين ابراهيم بن على بن أبى القاسـم ابن محمـد بن فرحون المالكى المدنى ، الطبعة الاخيرة ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر مطبوع مع كتاب فتح العلى المالك للشيخ عليش

القوانين الفقهية ، لابن جزى ، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبى الغرناطى ، م ٧٤١ ، بدون تاريخ للطبع ٠

المدونة الكبرى للامام مالك بن أنس الاصبحى ، رواية سحنون بن سعيد التنوخى عن عبد الرحمن بن القاسم ، ومعها مقـدمات بن رشد ، مطبعة دار الفكر ٠

مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ٠ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى ، المعروف بابن الحطاب ٩٠٢ - ٨٥٤ هـ وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل ، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ٠

الفقـه الشافعى :

الام ، للامام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى ، وبهامشه مختصر المزنى ، طبعة كتاب الشعب ٠

مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ، محمد الشربينى الخطيب على متن المنهاج للنووى ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م ٠

المهذب ، أبو اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز أباذى الشيرازى ، م ٤٧٦ هـ ٠ مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ٠ الطبعة الثالثة ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م ٠

الفقـه الحنبـلى :

المغنى لابن قدامة ، أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، م ٦٢٠ هـ على مختصر الخرقى • مكتبة الجمهورية العربية والكليات الازهرية •

كشاف القناع عن متن الاقناع • منصور بن يونس بن ادريس البهوتى • دار الفكر ١٤٠٢ هـ — ١٩٨٢ م •

الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، ابن القيم الجوزية مكتبة المدنى ، تحقيق محمد جميل غازى •

الفقـه الظـاهرى :

المحلى • أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ، م ٤٥٦ هـ تحقيق أحمد محمد شاكر • دار الفكر ، بدون تاريخ •

الفقـه الزيدى :

شرح الازهار • العلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح • الطبعة الثانية ، دار إحياء التراث العربى — لبنان — بدون تاريخ •

خامسا — الكتب الحديثة :

التشريع الجنائى الاسلامى ، مقارنا بالقانون الوضعى ، عبد القادر عودة ، مطبعة الرسالة ، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٣ هـ — ١٩٧٣ م مطبعة السعادة •

الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى ، محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٦ •

جرائم الاعتداء على الاشخاص • د• حسنين ابراهيم صالح عبيد — الطبعة الثانية ، ١٩٧٣ ، دار النهضة العربية •

شرح قانون العقوبات — القسم الخاص ، د• محمود محمود مصطفى الطبعة الثامنة ، ١٩٨٤ م • مطبعة جامعة القاهرة •

شرح قانون القوبات — القسم الخاص ، د• محمود نجيب حسنى ١٩٧٨ م ، دار النهضة العربية •

الوسيط فى قانون العقوبات — القسم الخاص ، د• أحمد فتحى سرور ، الطبعة الثالثة — ١٩٨٥ م ، دار النهضة العربية •

فهـرس البحث

الموضـوع	الصفحة

رقم الايداع ١٩٩٠/١٨٧٣
الترقيم الدولى ٠ — ٠٥٦٢ — ٠٤ — ٩٧٧